



REPUBLIK INDONESIA
KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA

SURAT PENCATATAN CIPTAAN

Dalam rangka perlindungan ciptaan di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, dengan ini menerangkan:

Nomor dan tanggal permohonan : EC00202001035, 9 Januari 2020

Pencipta

Nama : **Prof. Dr. H. Faisal, S.H., M.H.**
Alamat : Jln. KH. Mas Mansur, No 52, Rawa Laut, Kec. Tanjung Karang Timur,
Bandar Lampung, Lampung, 35127
Kewarganegaraan : Indonesia

Pemegang Hak Cipta

Nama : **Prof. Dr. H. Faisal, S.H., M.H.**
Alamat : Jln. KH. Mas Mansur, No 52, Rawa Laut, Kec. Tanjung Karang Timur,
Bandar Lampung, Lampung, 35127
Kewarganegaraan : Indonesia
Jenis Ciptaan : **Buku**
Judul Ciptaan : **Pemidanaan Perspektif Pidana Islam Dan Nasional**
Tanggal dan tempat diumumkan untuk pertama kali di wilayah Indonesia atau di luar wilayah Indonesia : 1 Februari 2012, di Yogyakarta
Jangka waktu perlindungan : Berlaku selama hidup Pencipta dan terus berlangsung selama 70 (tujuh puluh) tahun setelah Pencipta meninggal dunia, terhitung mulai tanggal 1 Januari tahun berikutnya.
Nomor pencatatan : 000174389

adalah benar berdasarkan keterangan yang diberikan oleh Pemohon.

Surat Pencatatan Hak Cipta atau produk Hak terkait ini sesuai dengan Pasal 72 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.



a.n. MENTERI HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA
DIREKTUR JENDERAL KEKAYAAN INTELEKTUAL

Dr. Freddy Harris, S.H., LL.M., ACCS.
NIP. 196611181994031001

PEMIDANAAN
PERSPEKTIF
PIDANA
ISLAM
DAN NASIONAL



DR. H. FAISAL, SH., MH.

**PEMIDANAAN
PERSPEKTIF
PIDANA
ISLAM
DAN NASIONAL**

**PEMIDANAAN
PERSPEKTIF
PIDANA
ISLAM
DAN NASIONAL**

DR. H. FAISAL, SH., MH.

MAGHZA

PEMIDANAAN PERSPEKTIF
PIDANA ISLAM DAN NASIONAL

Penulis:

Dr. H. Faisal, SH., MH.

Editor:

Gatot Suhirman, S.H.I., M.S.I.

Setting:

Afandi

Desain Cover:

Afandi

Cetakan:

I. Februari 2012

Penerbit:

Maghza Pustaka
Yogyakarta

Perpustakaan Nasional RI: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Dr. H. Faisal, SH., MH.

PEMIDANAAN PERSPEKTIF PIDANA ISLAM DAN NASIONAL/ Dr. H.
Faisal, SH., MH ; editor, Gatot Suhirman, S.H.I., M.S.I. — Yogyakarta :
Maghza, 2011.

xvi + 240 hlm.; 21 cm.

ISBN 978-602-19400-2-0

I. Judul

II. Dr. H. Faisal, SH., MH.

PENGANTAR

HUKUM PIDANA ISLAM SEBAGAI "RAHMAT LI INDONESIA"

Berbicara tentang penegakan (supremasi) hukum dalam Islam, penulis mencoba mengaitkannya dengan penerapan pemidanaan dalam Islam, yang dalam konsep fikih dibahas dalam bab *jināyah*. Persoalan ini, secara historis telah mendorong munculnya diskusi yang berkelanjutan sejak awal sejarah Islam. Apakah ia dapat dipertimbangkan untuk dipertahankan sebagai dasar hukum yang mampu menjamin keadilan dan ketentraman masyarakat atau sebaliknya dianggap sebagai sesuatu yang *out of date* dan dehumanisme, baik pada level teoritis maupun praktiknya. Peradilan Islam diakui sebagai sumber jurisprudensi Islam. Bahkan dalam prakteknya peradilan Islam memainkan peranan yang sangat penting dalam proses kreasi hukum Islam untuk mewujudkan supremasi hukum¹ dalam rangka membentuk setiap individu bermoral guna melahirkan struktur masyarakat yang aman dan tenteram.² Pada masa Nabi Muhammad saw., orang-orang Arab telah mengadopsi berbagai macam adat. Praktek ini, dalam ba-

¹ M. Abu Zahrah, *Uṣūl al-Fiqh*, (Kairo: Matba'ah Muhaimeir, 1957), hlm. 351-352; Subhi Mahmasani, *Falsafah at-Tasyri' fi al-Islām* (Mesir: Dar al-Qur'an, 1945), hlm. 200.

² Ahmad Hanafi, *Asas-asas*, hlm. 255.

nyak hal telah mempunyai kekuatan hukum dalam masyarakat,³ Dalam kaitannya dengan keberlangsungan hukum pra-Islam, Nabi Muhammad tidak melakukan tindakan-tindakan terhadap hukum yang ada sepanjang hukum tersebut sesuai dengan prinsip-prinsip ajaran Islam yang fundamental.⁴ Dengan demikian, Nabi Muhammad dalam kapasitasnya sebagai pembuat hukum dari sebuah agama yang baru melegalkan hukum lama di satu sisi, dan mengganti beberapa hal yang tampaknya tidak konsisten dengan prinsip-prinsip hukum.⁵ Hukum yang direvisi bahkan dirombak oleh Rasulullah antara lain: perkawinan dengan ibu tiri, poliandri, menikahi wanita tanpa batas jumlahnya, hubungan seksual yang tidak sah, aborsi, pembunuhan terhadap bayi perempuan, balas dendam dalam hukum *qisas*, perlindungan pencuri bagi bangsawan, perceraian berulang-ulang, dan lain sebagainya.⁶ Penyimpangan nilai-nilai moral dalam hukum pra-Islam, tampak sekali dalam sistem pemidanaan (peradilan), terutama pada jarimah *qisas-diyat*. Keadaan demikian dapat dibuktikan dengan peristiwa sejarah yang terjadi di kalangan masyarakat Arab jahiliyah.

Dalam sejarah tercatat bahwa salah seorang kabilah Gani membunuh Syas bin Zuhair, maka datanglah Zuhair, ayah Syas, untuk minta pembalasan kepada suku Gani. Mereka berkata, "Apa kehendakmu atas kematian Syas?" Jawab Zuhair, "Satu dari tiga hal dan tak bisa diganti, yaitu menghidupkan kembali Syas, atau

³ Duncan B. Mac Donald, *Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory* (London: Publishers Limited, 1985), hlm. 68.

⁴ Wali Allah al-Dihwali, *Hujjah Allah al-Balighah* (Kairo: Dar al-Turas, 1185 H.), hlm. 124.

⁵ Rouben Levi, *The Social Structure of Islam*, (Cambridge: University Press, 1975), hlm. 251.

⁶ *Ibid.*

mengisi selendangku dengan bintang-bintang di langit, atau kau serahkan kepadaku semua anggota Gani untuk saya bunuh semua, dan sesudah itu aku belum merasa telah mengambil sesuatu ganti rugi atas kematian Syas".⁷

Tuntutan semacam ini semakin membuat rawannya keadaan bila ternyata si korban berasal dari kalangan kabilah terhormat atau pemimpin kabilah itu sendiri. Hal ini terjadi karena ada sebagian dari kabilah-kabilah Arab yang mengabaikan tuntutan wali si korban, bahkan sebaliknya mereka memberikan perlindungan terhadap si pembunuh.⁸ Sehingga tidak menutup kemungkinan terjadi perang antar kabilah yang di dalamnya melibatkan orang-orang tak berdosa.⁹

Di sisi lain, memang orang-orang Arab mempunyai tradisi balas dendam, bahkan terhadap persoalan yang telah terjadi beberapa tahun yang silam.¹⁰ Kalau seorang anggota keluarga terbunuh, maka pembalasan dilakukan terhadap keluarga pembunuh yang tidak berdosa disamping pembunuhnya sendiri.¹¹

Al-Qur'an dan praktek Nabi memperkenalkan berbagai modifikasi terhadap praktek hukuman ini, akan tetapi ide utama dari prinsip-prinsip yang mendasarinya tidak bersifat baru, melainkan telah lama dipraktekkan oleh masyarakat Arab sebelum munculnya Islam.¹² Perubahan utama yang dilakukan oleh Islam adalah prinsip

⁷ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyri'*, I:271; Ahmad Hanafi, *Asas-asas*, hlm. 87-88.

⁸ *Ibid.*

⁹ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, II, hlm.433.

¹⁰ Abdurrahman Doi, *Tindak Pidana dalam Syariat Islam*, alih bahasa Wadi Masturi dan Basri Iba Asghari (Jakarta: Metro Putra, 1992), hlm. 24.

¹¹ *Ibid.*

¹² Mohammad S. El-Awa, *Punishment in Islamic Law* (Indianapolis: American Trust Publication, 1982), hlm. 69-71.

keseimbangan¹³ dalam kerangka hukum yang berdimensi keadilan.¹⁴

Dalam hukum Islam satu jiwa harus diambil karena perbuatan menghilangkan nyawa orang lain atau pemberian kompensasi harus dilakukan terhadap keluarga korban. Aturan ini tidak mempersoalkan status suku atau kedudukan si korban dalam sukunya, seperti dipraktekkan pada masyarakat Arab jahiliyah, tetapi lebih dari itu, sebagaimana yang dikatakan oleh Coulson, "sesuai dengan standar moral keadilan dan nilai tebusan yang pasti terhadap pihak yang menjadi korban".¹⁵ Ketentuan ini dituangkan dalam Al-Qur'an:¹⁶

Artinya: "Hai orang-orang yang beriman ditetapkan atas kami kisas berkenaan dengan orang yang terbunuh, orang merdeka dengan merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita, barang siapa mendapatkan pemaafan dari saudaranya hendaklah (yang memberi maaf) mengikuti dengan cara yang baik dan bagi yang dimaafkan membayar (*diyat*) kepada yang dimaafkan dengan cara yang baik pula."

Menurut Imam al-Baidawi sebagaimana dikutip oleh Sayyid Sabiq, bahwa turunnya ayat tersebut berkenaan dengan dua kabilah yang berhutang piutang. Salah satu lebih kuat dari lainnya, lalu Kabilah yang kuat bersumpah, "Kami harus membunuh orang

¹³ Lihat surat al-Ma'idah (5):45 dan al-Baqarah (2): 178.

¹⁴ Hukum Kisas, tidak selamanya berupa balasan yang seimbang, karena dalam al-Qur'an ada unsur pemaaf, jadi hukum balasan diterapkan apabila wali menghendaki. Dengan demikian hukum Kisas bukan kewajiban melainkan hak bagi si korban, atau wali. Rasyid Rida, *Tafsir al-Manār* (Beirut: Dar al-Faqir, t.th.), II, hlm.123; bandingkan dengan M. Syahrur, *Al-Kitāb wa al-Qur'ān: Qira'ah Mu'asirah* (t.tp.: al-Insaniyah al-'Arabiyyah, 1990) hlm. 456.

¹⁵ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1971), hlm. 78.

¹⁶ Q.S. Al-Baqarah (2): 198.

merdeka di antara kalian sebagai akibat terbunuhnya hamba sahaya kami, dan kami akan membunuh laki-laki sebagai akibat terbunuhnya perempuan dari suku kami".¹⁷ Dalam hukum had ditemukan adanya pembenahan sistem hukum, seperti dalam kasus delik pencurian, pada masa pra-Islam yang diberlakukan diskriminasi, terutama antara bangsawan dan rakyat biasa.¹⁸

Hadis di bawah ini dapat dijadikan dasar pernyataan tersebut di atas ketika Uzamah binti Zaid kekasih Rasulullah meminta maaf atas kesalahan Fatimah binti al-Aswad karena telah mencuri, maka Rasulullah berkata, "Apakah kamu meminta syafa'at mengenai sesuatu hukuman yang telah ditetapkan oleh Allah?" Kemudian Rasulullah bersabda :

Artinya: "Bahwasanya yang menyebabkan kehancuran umat sebelum kamu sekalian ialah karena apabila ada kaum bangsawan yang mencuri, mereka dibiarkan, tetapi sebaliknya jika yang mencuri adalah kaum lemah, maka ditegakkan hukum seadil-adilnya, saya bersumpah demi Allah seandainya Fatimah putri Muhammad mencuri niscaya akan kupotong tangannya."

Makna hadis ini adalah bahwa salah satu penyebab celaknya umat-umat terdahulu adalah karena adanya diskriminasi dalam hukum yaitu jika yang mencuri itu adalah orang terpendang (punya status sosial yang tinggi) maka hukum tidak ditegakkan, tetapi jika yang melakukan tindak pidana hukum adalah orang lemah (*wong*

¹⁷ As-Sayid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, II, hlm.433.

¹⁸ T.M. Hasbi ash-Shieddiqy, *2002 Mutiara Hadist* (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), IV, hlm. 68-69. Lihat pula Amiur Nurudin, *Ijtihad Umar Ibn al-Khattab: Studi tentang Perubahan Hukum dalam Islam* (Jakarta: Rajawali Press, 1987), hlm. 148-149.

cilik) maka serta-merta hukum itu ditegakkan. Padahal Islam memperlakukan seluruh umat manusia secara sama, baik antara rakyat dan penguasa, yang kaya dan miskin, kuat dan lemah, yang disenangi masyarakat atau tidak, dan lain-lain. Rasulullah sendiri menegaskan dalam potongan hadis di atas bahwa beliau akan menegakkan hukum walaupun terhadap putrinya, jika terbukti melakukan kesalahan, baginya semua adalah sama di hadapan hukum (*equality before the law*).

Di samping contoh di atas, ada sebagian hukum jahiliyah yang tidak diterapkan sanksi bagi jarimah-jarimah tertentu, akibatnya muncul ketidakadilan. Hal ini disebabkan karena perbedaan kabilah. Seperti kasus riba yang sangat mengacaukan masyarakat, sehingga orang yang jatuh ke tangan tukang riba dan tidak mampu membayar hutangnya sering menyerahkan anak gadisnya sebagai jaminan.¹⁹

Kejahatan seperti ini telah dihapus oleh Islam²⁰ dan dide-rivasikan ke dalam jarimah ta'zir. Artinya ditetapkan adanya sanksi bagi tukang riba yang ditentukan oleh penguasa berdasarkan kadar riba yang diperbuatnya. Demikian halnya dengan kasus mengawini ibu tiri (kejahatan seks), yang memberikan indikasi bahwa praktik hukum jahiliyah sangat tidak manusiawi.²¹

Islam datang dengan panji-panji keadilan yang ternyata lambat laun dapat diterima oleh masyarakat luas, termasuk keadilan dalam

¹⁹ Marsum, *Jarimah Takzir: Perbuatan Dosa dalam Hukum Pidana Islam* (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1992), hlm. 3.

²⁰ Riba dilarang sesuai dengan ketentuan Q.S. al-Baqarah (2) ayat 275: "... Sesungguhnya Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba; siapa yang menerima pelajaran ini lalu berhenti, maka bebaslah ia dari yang sudah lewat da keadaannya terserah kepada Allah, tetapi siapa yang mengulanginya mereka ini adalah penduduk neraka, mereka kekal selama-lamanya".

²¹ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyri'*, I, hlm. 269.

sistem pemidanaan dalam rangka menciptakan supremasi hukum. Dalam penerapan sanksi, Islam sangat mempertimbangkan rasa keadilan, baik keadilan sosial (*social justice*) maupun keadilan secara individual (*individual justice*). Di sinilah "dimensi kemanusiaan" tercakup. Abu Zahrah, berkomentar, bahwa kedatangan Islam adalah menegakkan keadilan dan melindungi keutamaan akal budi manusia.²² Pendapat senada juga dilontarkan oleh as-Şabuni, bahwa Islam datang dengan membawa kepentingan menuju pada tegaknya keadilan, melindungi kehormatan manusia, mencegah segala bentuk kejahatan, memberi pelajaran pada pelaku tindak kejahatan dengan memberikan sanksi seimbang sesuai dengan tingkat kesalahan seseorang.²³ Dengan demikian, jelaslah bahwa pada dasarnya hukum Islam benar-benar konsisten pada prinsip keseimbangan dan menegakkan keadilan di tengah masyarakat.

Adapun dalam kaitannya dengan Hukum Pidana Islam yang menjadi fokus kajian dalam buku yang ada di hadapan pembaca ini merupakan salah satu bagian dari syariat Islam yang materinya kurang begitu dikenal oleh masyarakat muslim. Bahkan di kalangan cendekiawan muslim sendiri masih ada yang beranggapan bahwa hukum-hukum pidana yang tercantum dalam Al-Qur'an dan pernah dilaksanakan pada zaman Rasulullah itu sudah tidak relevan lagi untuk diterapkan pada zaman modern ini. Anggapan ini sebenarnya dipengaruhi oleh pemikiran subyektif orientalis barat pada umumnya, yang menyatakan bahwa hukum pidana Islam adalah hukum yang kejam, biadab, tidak manusiawi, melanggar hak asasi manusia

²² M. Abu Zahrah, *Al-Jarimah wa al-'Uqubah fi Fiqh al-Islami* (Beirut: Dar al-Faqir, t.th.) hlm. 17.

²³ M. Ali as-Şabuni, *Rawā'i'u al-Bayān Tafsīr al-Ayāt al-Ahkām min Al-Qur'ān*, (Makkah: Dar al-Qur'an al-Karim, 1972), I, hlm. 556.

dan sebagainya. Padahal kalau diteliti lebih mendalam, tidak ada satupun hukum pidana di dunia ini yang tidak merampas hak asasi manusia.

Anggapan miring terhadap hukum pidana Islam ini perlu dieliminasi dengan langkah sosialisasi dan penyebarluasan ilmu hukum pidana Islam ke seluruh lapisan masyarakat, mulai dari masyarakat kampung dan kalangan cendekiawan, sampai masyarakat luas pada umumnya. Penyebaran informasi ini perlu, agar masyarakat mengetahui dan menyadari bahwa khazanah hukum Islam juga memiliki satu bagian hukum penting yang disebut dengan hukum pidana Islam. Karena kajian tentang pidana Islam (termasuk *ta'zir*) masih relatif sangat jarang apalagi dikaitkan dengan implementasinya dalam konteks (hukum pidana nasional) negara Indonesia. Sumber-sumber pembahasan yang ada selama ini masih sangat normatif, baik yang berbahasa asing (Arab maupun Inggris) maupun dalam kajian keindonesiaan.

Selanjutnya, fakta menunjukkan bahwa laju transformasi hukum Islam di berbagai bidang telah semakin meniscayakan diperlukannya produk regulasi legal formal. Hal ini, merepresentasikan bahwa hukum Islam pada umumnya telah memasuki era yang lebih kompleks, yang sekaligus menjadi indikator betapa tuntutan akan kepastian hukum bagi penguatan karakteristik *nation building* Indonesia sebagai negara hukum ber-Ketuhanan Yang Maha Esa telah semakin menguat.

Untuk itu berdasarkan pemetaan di atas, maka spesifikasi kajian tentang pembedaan berbasis hukum pidana Islam menjadi sistem pembedaan alternatif kontemporer, niscaya patut untuk dilakukan secara sistemik dan holistik. Sebab sekali lagi, signifikansi utamanya adalah untuk semakin memungkinkan peran kontributif dan signifikansi Islam menjadi pilar moralitas

pembangunan menuju tercapainya tata kehidupan kebangsaan lebih bermartabat secara fisik material dan mental spiritual. Maka, di sinilah salah satu pertimbangan utama perlu diterbitkannya buku ini, yang diharapkan menjadi salah satu wacana dalam studi Islam umumnya, dan studi hukum pidana Islam dalam persentuhannya dengan hukum pidana nasional di Indonesia.

Tentu saja penerbitan buku ini tidak terlepas dari bantuan banyak pihak. Untuk itu penulis sampaikan banyak terimakasih sedalam-dalamnya dan hanya Allah-lah yang pantas membalasnya. Ucapan terimakasih juga penulis sampaikan kepada penerbit MAGHZA yang telah berkenan menerbitkan buku ini.

Selanjutnya, dengan penuh kerendahan hati penulis menanti tegur sapa serta kritik positif demi kesempurnaan buku ini, bahkan demi kesucian ilmu itu sendiri.

Akhirnya, kepada Allah jualah penulis memohon taufiq dan hidayah-Nya. Dan, mudah-mudahan buku ini bermanfaat. *Amin ya Rabbal 'Alamin*.

Wallāhualamu bi as-ṣawāb.

Yogyakarta, 01 Januari 2012

Penulis

DAFTAR ISI

PENGANTAR

Hukum Pidana Islam Sebagai

"Rahmat li Indonesia" v

DAFTAR ISI xiv

BAB I

PENDAHULUAN 1

A. Transformasi Hukum Pidana Islam ke dalam

Hukum Nasional: Sebuah Pencarian Format 1

B. Signifikansi Kajian Perbandingan Sistem

Pemidanaan Islam dan Konvensional 11

C. Sekilas tentang Teori Pemidanaan: Sebuah

Perbandingan Awal 17

BAB II

KEBIJAKAN PEMIDANAAN DALAM HUKUM

PIDANA ISLAM DAN POSISINYA DALAM

SISTEM HUKUM NASIONAL 29

A. Tinjauan Umum Hukum Islam 29

B. Urgensi Pemidanaan dalam Hukum

Pidana Islam 56

C. Hukum Pidana Islam dalam Sistem

Hukum Nasional 85

BAB III

KEBIJAKAN PEMBERIAN SANKSI DALAM

HUKUM POSITIF DAN PEMIDANAAN TA'ZIR

DALAM HUKUM PIDANA ISLAM 129

A. Kebijakan Pemidanaan dan Pemberian Sanksi

dalam Hukum Positif 129

B. Dasar Penentuan Tindak Pidana dan Sanksinya

dalam Hukum Islam 156

C. Perspektif Ta'zir Pemidanaan dan Kebijakan

Pemidanaan Kontemporer 194

BAB IV

PIDANA TAKZIR SEBAGAI BENTUK

TRANSFORMASI HUKUM JINAYAT ISLAM 217

A. Pintu Masuk Hukum Islam ke Dalam

Hukum Nasional (Hukum Positif) 225

B. Gagasan Alternatif bagi Hukum Pidana

Nasional 226

C. Tawaran Obyektifikasi Hukum Pidana Islam 231

Tentang Penulis 240

BAB I

PENDAHULUAN

A. Transformasi Hukum Pidana Islam ke dalam Hukum Nasional: Sebuah Pencarian Format

Transformasi hukum Islam dalam sistem hukum nasional tetap menjadi agenda dan isu utama, jika hukum Islam tetap mengambil bagian dalam pola regulasi masyarakat Indonesia modern. Dalam konteks ini, Abdurrahman Wahid mengatakan bahwa dengan terintegrasinya hukum Islam dalam hukum nasional, maka berbagai persoalan epistemologis hukum Islam dapat terpecahkan dengan sendirinya. Untuk memperoleh transformasi tersebut, hukum Islam harus mampu mengembangkan watak dinamis bagi dirinya, diantaranya dengan mampu menjadikan dirinya penunjang transformasi hukum nasional di alam pembangunan ini. Hukum Islam harus memiliki pendekatan multi-dimensional kepada kehidupan, dan tidak hanya terikat kepada ketentuan normatif yang telah mengendap sekian lama, bahkan hampir-hampir menjadi fosil yang mati.¹

¹ Abdurrahman Wahid, *Islam Kosmopolitan: Nilai-nilai Indonesia dan Transformasi Kebudayaan* (Jakarta: The Wahid Institute, 2007), hlm. 50.

Transformasi hukum Islam dalam sistem hukum Indonesia kontemporer pada pokoknya dapat disandarkan pada dua argumentasi utama. Pertama, argumentasi kultural historis dan sosiologis. Kedua, argumentasi normatif dan legal konstitusional. Jika argumentasi kultural historis dan sosiologis terkait dengan fakta empiris penerimaan masyarakat terhadap eksistensi hukum syariah Islam dalam sistem hukum Indonesia kontemporer sebagai rangkaian yang tak terpisahkan dengan eksistensinya pada masa pra kemerdekaan, maka argumentasi normatif dan legal konstitusional tentu saja terkait dengan sandaran politik hukum secara konstitusional berdasarkan UUD 1945 dan tuntutan hakiki hukum syariah Islam berdasarkan Al-Quran dan as-Sunnah.

Fakta empiris hukum syariat Islam sebagai *living law* dalam interaksi keseharian masyarakat Indonesia, tentu cukup jelas menunjukkan bahwa eksistensi hukum syariah Islam dalam sistem hukum Indonesia telah sungguh-sungguh memiliki “akar historis” dalam kesadaran masyarakat Islam, seiring dengan pertumbuhan dan perkembangan ajaran agama Islam itu sendiri. Akar historis eksistensi hukum syariah Islam dimaksud, antara lain direpresentasikan lewat *teori Receptio in Complexu* dan *teori Receptie* sebagaimana sangat dikenal dalam konstelasi kesejarahan hukum Indonesia pra kemerdekaan.²

Pembinaan hukum nasional ini, termasuk dalam hukum pidana, telah dilaksanakan dalam waktu yang lama. GBHN sejak tahun 1973 sampai tahun 1999 telah menggariskan upaya pembangunan dan

² Penjelasan tentang teori *Receptio in Complexu* dan teori *Receptie* ini dapat dilihat dalam tulisan Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1999), hlm. 219. Juga Muhammad Idris Ramulyo, *Asas-asas Hukum Islam: Sejarah Timbul dan Berkembangnya Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Sinar Grafika, 1995), hlm. 58-59.

pembentukan hukum nasional, walaupun pada prakteknya penuh dengan pengaruh politik penguasa. GBHN 1999 yang merupakan produk reformasi, juga menegaskan arah kebijakan hukum nasional ini, yang antara lain menyatakan:

Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi” (BAB IV.A.2).

Dari ungkapan tersebut dapat dipahami bahwa pembangunan hukum nasional secara garis besar bersumber pada: 1) hukum adat, 2) hukum agama, 3) hukum mancanegara, khususnya dari hukum barat.³ Sebab secara teoretis sumber-sumber hukum Islam, hukum Adat dan hukum Barat dan lain-lain mempunyai nilai dan peluang yang sama untuk dijadikan sebagai sumber dalam implementasi pembedaan di Indonesia. Bukan hanya sekedar eksistensi umat Islam di Indonesia yang mayoritas dan terbesar jumlahnya di dunia, tetapi juga efektivitas sanksi pidananya. Pembedaan dalam Islam harus didudukkan secara rasional pada dunia modern. Hal-hal yang bersifat teknis pelaksanaan sanksi pidana dapat saja menyesuaikan dengan kemajuan zaman. Tetapi tidak meninggalkan prinsip dasar pembedaan yang bertujuan meminimalkan terjadinya kejahatan kemanusiaan.

Memilih jenis-jenis pembedaan yang berakar pada kitab suci Al-Qur'an dan hadis yang memiliki nilai spiritual dan

³ A. Qodri Azizy, *Eklektisme Hukum Nasional: Kompetisi antara Hukum Islam dan Hukum Umum* (Yogyakarta: Gama Media, 2002), hlm. 111.

berdimensi keakhiratan dapat berpengaruh secara psikologis dalam penerapannya. Sebaliknya, menerapkan konsep sanksi pidana yang berdasar pada alam pikiran manusia semata dan hasilnya tidak efektif cenderung dapat berubah dan ditinggalkan oleh perkembangan zaman. Dalam konteks ini, maka Islam memberikan alternatif pemidanaan berupa *qīṣaṣ*, *ḍiyat* dan *ta'zīr*. Pemidanaan tidak harus dilihat pada ukuran primitif dan modern tetapi lebih mengutamakan efektivitas.

Di antara pilihan pemidanaan yang banyak menjadi pilihan alternatif penyelesaian adalah dengan pendekatan *ta'zīr*. Karena sebagaimana diketahui bahwa *ta'zīr* adalah suatu jarimah yang diancam dengan hukuman selain had dan *qīṣaṣ/ḍiyat*. Pelaksanaan hukuman *ta'zīr*, baik yang jenis larangannya ditentukan oleh nas atau tidak, baik perbuatan itu menyangkut hak Allah atau hak perorangan, hukumannya diserahkan sepenuhnya kepada hakim. Hukuman dalam jarimah *ta'zīr* tidak ditentukan ukurannya atau kadarnya, artinya untuk menentukan batas terendah dan tertinggi diserahkan sepenuhnya kepada hakim (penguasa). Hal ini telah dipraktekkan oleh hakim-hakim periode awal, seperti Abu Musa al-Asy'ari, Syuraih, Ibnu Abi Laila, Ibnu Subrumah, Usman al-Batti, Abu Yusuf dan Zufar al-Hudzail.⁴ Dengan demikian, syariah mendelegasikan kepada hakim untuk menentukan bentuk dan hukuman kepada pelaku jarimah.

Wahbah Zuhaili mengemukakan bahwa syariat Islam menyerahkan kepada *ulul amri* (penguasa negara) untuk meneliti dan menentukan sanksi pelaku tindak pidana sesuai dengan kejahatannya, untuk mencegah permusuhan, mewujudkan perdamaian dan kesejahteraan masyarakat kapan dan di mana saja.

⁴ Muhammad Abu Zahrah, *al-Jarīmah wa al-'Uqūbah fī al-Fiqh al-Islāmī* (Kairo: Dār al-'Arabi, 1998), hlm. 57.

Sanksi-sanksi *ta'zīr* ini sangat beragam/sangat berbeda-beda sesuai dengan situasi dan kondisi sebuah masyarakat, sesuai dengan taraf pendidikan warga masyarakat, dan berbagai kondisi lain pada suatu masa dan tempat.⁵

Syara' tidak menentukan macam-macam hukuman untuk tiap-tiap jarimah *ta'zīr*, tetapi hanya menyebutkan sekumpulan hukuman dari yang ringan-ringannya sampai kepada yang seberat-beratnya. Dalam hal ini, hakim diberi kebebasan untuk memilih hukuman-hukuman mana yang sesuai dengan macam jarimah *ta'zīr* serta keadaan si pembuatnya. Jadi, hukuman-hukuman jarimah *ta'zīr* tidak mempunyai batas tertentu.

Oleh karena hukuman (jarimah) *ta'zīr* jumlahnya sangat banyak dan tidak terbatas, maka dalam hal ini seorang hakim yang terlibat dalam penyusunan perundang-undangan di sebuah negara harus benar-benar jeli dalam memutuskan perkara dan merumuskan pasal-pasal sebuah undang-undang yang berkaitan dengan persoalan-persoalan di sebuah bangsa. Sebab, pada umumnya sanksi-sanksi hukum yang dirumuskan dalam berbagai perundang-undangan merupakan bentuk kongkret dari hukuman *ta'zīr* ini. Wahbah Zuhaili mengatakan bahwa pada umumnya sanksi-sanksi yang terdapat dalam berbagai perundang-undangan berasal dari sisi *ta'zīr*, sebab undang-undang itu sebagai satu-satunya aturan yang dirumuskan untuk menanggulangi berbagai kejahatan dan mencegah pelaku kejahatan, juga undang-undang berfungsi untuk menjaga kemaslahatan, menegakkan keadilan dan ketenteraman, bahkan untuk menjaga keamanan.⁶

⁵ Wahbah Az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islām wa Adillatuhu*, Juz VII (Damaskus: Dār al-Fikr, 1997), hlm. 5300.

⁶ Wahbah Az-Zuhaili, *Al-Fiqh*, hlm. 5301.

Dalam menetapkan jarimah *ta'zir*, prinsip utama yang menjadi acuan penguasa adalah menjaga kepentingan umum dan melindungi setiap anggota masyarakat dari kemudarat (bahaya). Oleh sebab itu, setiap kebijakan penguasa harus berdasarkan kemaslahatan dan mengandung nilai-nilai keadilan bagi masyarakat. Karena negara/pemerintahan dibentuk (apapun bentuknya) untuk menegakkan keadilan dengan berbagai peraturan-peraturan yang mengitarinya.

Memang dalam konsep pemberlakuan hukum Islam termasuk dalam menerapkan *ta'zir* sangat tergantung pada bentuk, dasar sebuah negara dan kemauan politik (*political will*) rezim yang berkuasa. Dalam konteks ini, maka lahirlah kategori muslim dan negeri non-muslim.

Bangsa Indonesia adalah bangsa besar yang mayoritas penduduknya beragama Islam. Fakta ini menjadi dasar yang kuat untuk menerapkan jarimah *ta'zir* dalam setiap segi kehidupan bermasyarakat. Itulah sebabnya pemerintah Indonesia mengeluarkan ketentuan-ketentuan dalam sistem pengelolaan kenegaraan. Sebagai contoh dalam hal ini, misalnya regulasi pemerintah dalam pengelolaan zakat di Indonesia. Pada dasarnya, zakat merupakan ibadah yang ketentuannya ada dalam nas, sering disebut dalam Al-Qur'an, tetapi masalah pengurusannya diserahkan kepada penguasa atau *ulul amri*. Artinya, zakat secara eksplisit dinyatakan ada tugasnya.⁷ Begitu juga salah satu tujuan pokok dari zakat adalah upaya mewujudkan keadilan sosial (*social justice*), sama tujuannya dengan pembentukan sebuah pemerintahan. Sebab, sejarah telah menunjukkan, bahwa zakat (bersama *jizyah* dan *kharaj*) telah menjadi kewajiban setiap anggota masyarakat dan sekaligus menjadi sumber keuangan yang amat potensial bagi negara dan pemerintah (*baitul māl* atau *state institution*) untuk mewujudkan

⁷ Q.S. Al-Maidah (4): 60 dan 103.

keadilan dan kesejahteraan sosial. Dengan demikian, *political elite* menempati posisi penting dalam rangka merealisasikan misi dan tujuan ajaran zakat.

Lebih lanjut, zakat bukanlah semata-mata urusan yang bersifat karitatif (kedermawanan), tetapi juga otoritatif (perlu ada kekuatan memaksa). Hal ini karena zakat memiliki posisi dan kedudukan yang sangat strategis dalam membangun kesejahteraan, mengentaskan kemiskinan dan meningkatkan ekonomi masyarakat, jika pengumpulan dan penyalurannya dikelola secara amanah, transparan dan profesional. Di Indonesia, pengaturan kelembagaan zakat meliputi bentuk dan administrasi negara, manajemen dan sanksi bagi lembaga yang lalai. Oleh karena itu, pemerintah berkesimpulan bahwa manajemen yang kuat dan terlembaga diperlukan untuk memungkinkan zakat berkembang, tidak saja dalam konteks pemenuhan kewajiban keagamaan seorang *muzakki*, melainkan juga dalam kerangka strategi struktural untuk meningkatkan harkat hidup orang-orang yang lemah ekonominya.

Untuk merealisasikan misi dan tujuan zakat ini, maka pemerintah mengeluarkan seperangkat hukum di bidang zakat berupa Undang-undang Pengelolaan Zakat No. 38 tahun 1999. Salah satu substansi yang terpenting undang-undang, sesuai dengan focus kajian dalam buku ini, adalah berupa regulasi kebijakan pembedaan yang berkualifikasi tindak pidana kejahatan dan tindak pidana pelanggaran bagi pengelola yang lalai dan tidak profesional mengelola zakat.

Melalui Undang-undang Pengelolaan Zakat ini, pemerintah telah menetapkan berupa sanksi pidana *ta'zir* bagi pelanggaran pengelolaan zakat yang dilakukan oleh amil korporasi (perusahaan), karena di Indonesia sampai hari ini pengelolaan zakat tidak menjadi

monopoli pemerintah. Secara jelas Undang-Undang No. 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat ini menjelaskan:

- (1) Setiap pengelola zakat yang karena kelalaiannya tidak mencatat atau mencatat dengan tidak benar harta zakat, infaq, shadaqah, hibah, wasiat, waris, dan kafarat sebagaimana dimaksudkan dalam Pasal 8, Pasal 12, dan Pasal 13 dalam undang-undang ini diancam dengan hukuman kurungan selama-lamanya tiga bulan dan/atau denda sebanyak-banyaknya Rp.30.000.000,- (tiga puluh juta rupiah).
- (2) Tindak pidana yang dimaksud pada ayat (1) di atas merupakan pelanggaran.
- (3) Setiap petugas badan amil zakat dan petugas lembaga amil zakat yang melakukan tindak pidana kejahatan dikenai sanksi sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁸

Dari pasal 21 Undang-Undang No. 38 tersebut dinyatakan bahwa kelalaian pencatatan dikenakan sanksi pidana kurungan dan atau denda. Sedangkan tindak pidana kejahatan (penggelapan) dana zakat atau penyelewengan dikenakan sanksi tindak pidana kejahatan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pertanyaannya adalah bagaimana pandangan hukum pidana Islam terhadap ketentuan sanksi yang ada dalam Undang-Undang tersebut? Apakah sanksi dalam Undang-Undang tersebut sudah mencakup aspek-aspek pelanggaran dalam pidana Islam? Apakah jenis-jenis pidana yang ada dalam peraturan tersebut? Apa makna filosofis yang terkandung dalam penerapan sanksi pada pasal 21 Undang-Undang No. 38 Tahun 1999 tersebut? Apakah sanksi itu membawa tujuan menolak dan mencegah (*ar-raddu wa*

⁸ Undang-Undang Nomor 38 Tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat, Pasal 21.

az-zajru) serta upaya memberi perbaikan dan pendidikan (*al-islah wa at-ta'dib*)⁹ sebagaimana tujuan pemidanaan dalam hukum *ta'zir* Islam? Apakah dengan diakomodirnya sanksi ini merupakan bentuk transformasi hukum pidana Islam ke sistem hukum nasional? Lalu dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional di mana letak kontribusi hukum pidana Islam?

Dalam konteks ini, maka kebijakan pemidanaan dalam Undang-Undang di atas, yang praktik formulasinya dituangkan dalam perangkat regulasi operasional pengelolaan zakat, dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana umumnya versi konvensional, atau sebagai tindak pidana berbasis hukum pidana Islam (*jinayah*). Oleh sebab itu, analisis atas semua kebijakan pemidanaan yang menjadi fokus dan konsentrasi kajian terkait pengelolaan zakat di atas misalnya, akan sekaligus dikomparasikan dengan kualifikasi tindak pidana, dan sanksi yang secara otentik dikenal dalam tradisi dan konsepsi hukum pidana Islam.

Kenyataan tersebut menunjukkan betapa dukungan perangkat legal formal memang penting, dan peningkatannya sudah terbilang cukup pesat dan signifikan. Sungguhpun begitu, problem sesungguhnya berupa masih kurangnya perangkat hukum dan peraturan perundang-undangan yang mendukung bagi upaya optimalisasi operasional "prinsip syariah" dalam arti seluas-luasnya.

Dengan demikian, ada beberapa alasan mengapa tema-tema seputar pencarian format transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional begitu mendesak untuk dilakukan, antara lain:

⁹ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam* (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), hlm. 279. Lihat juga Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal Law of Islam* (Lahore: Kazi Publications, 1979), hlm. 7-8.

pertama, bahwa konseptual normatif hukum jinayat sebagai satu subsistem syariat Islam memiliki karakteristik, konstruksi dan dimensi yang berbeda dengan sistem hukum pidana konvensional. Hal ini meniscayakan konsistensi penerapannya secara eksklusif. Untuk ini, maka spesifikasi kajian tentang hukuman *ta'zir* dalam pidana Islam sebagai sistem pemidanaan alternatif, niscaya patut untuk dipertimbangkan aktualisasi dan revitalisasinya secara komprehensif. Urgensi utamanya adalah untuk semakin dapat memungkinkan meningkatnya derajat keyakinan masyarakat terhadap hukum Islam sebagai pilar pranata Islam *rahmat lil'ālamīn*; berkeadilan bagi kemanusiaan, kehidupan sosial dan ekonomi.

Kedua, bahwa faktanya laju transformasi hukum Islam di berbagai bidang telah semakin meniscayakan diperlukannya produk regulasi legal formal. Hal ini, merepresentasikan bahwa hukum Islam pada umumnya telah memasuki era yang lebih kompleks, yang sekaligus menjadi indikator betapa tuntutan akan kepastian hukum bagi penguatan karakteristik *nation building* Indonesia sebagai negara hukum ber-Ketuhanan Yang Maha Esa telah semakin menguat.

Untuk itu berdasarkan pemetaan di atas, maka spesifikasi kajian tentang regulasi kebijakan pemidanaan berbasis hukum pidana Islam menjadi sistem pemidanaan alternatif kontemporer, niscaya patut untuk dilakukan secara sistemik dan holistik. Sebab sekali lagi, signifikansi utamanya adalah untuk semakin memungkinkan peran kontributif dan signifikan Islam menjadi pilar moralitas pembangunan menuju tercapainya tata kehidupan kebangsaan lebih bermartabat secara fisik material dan mental spiritual. Begitu juga penting untuk mengetahui argumentasi latar belakang, proses perumusan dan implementasi kebijakan pemidanaan dalam kerangka politik hukum di Indonesia merupakan urgensi dan signifikansi lain dari buku ini.

B. Signifikansi Kajian Perbandingan Sistem Pemidanaan Islam dan Konvensional

Hukum Pidana Islam merupakan salah satu bagian dari syariat Islam yang materinya kurang begitu dikenal oleh masyarakat muslim. Bahkan di kalangan cendekiawan muslim sendiri masih ada yang beranggapan bahwa hukum-hukum pidana yang tercantum dalam Al-Qur'an dan pernah dilaksanakan pada zaman Rasulullah itu sudah tidak relevan lagi untuk diterapkan pada zaman modern ini. Anggapan ini sebenarnya dipengaruhi oleh pemikiran subyektif orientalis barat pada umumnya, yang menyatakan bahwa hukum pidana Islam adalah hukum yang kejam, biadab, tidak manusiawi, melanggar hak asasi manusia dan sebagainya. Padahal kalau diteliti dengan seksama, tidak ada satupun hukum pidana di dunia ini yang tidak merampas hak asasi manusia.

Anggapan yang miring terhadap hukum pidana Islam ini perlu dieliminasi dengan langkah sosialisasi dan penyebarluasan ilmu hukum pidana Islam ke seluruh lapisan masyarakat, mulai dari masyarakat kampung dan kalangan cendekiawan, sampai masyarakat luas pada umumnya. Penyebaran informasi ini perlu, agar masyarakat mengetahui dan menyadari bahwa khazanah hukum Islam juga memiliki satu bagian hukum penting yang disebut dengan hukum pidana Islam. Salah satu caranya adalah dengan melakukan kajian mendalam seperti yang penulis lakukan ini. Karena kajian tentang pidana Islam (termasuk *ta'zir*) masih relatif sangat jarang apalagi dikaitkan dengan implementasinya dalam konteks negara Indonesia. Sumber-sumber pembahasan yang ada selama ini masih sangat normatif, baik yang berbahasa asing (Arab maupun Inggris) maupun dalam kajian keindonesiaan.

Oleh karena demikian, untuk menunjukkan pentingnya kajian yang penulis lakukan ini, maka dirasa penting untuk memberikan informasi mengenai beberapa literatur yang mengangkat tema-tema tertentu terkait hukum pidana Islam. Referensi awal yang komprehensif tentang pidana Islam dapat ditemukan dalam karya Abdul Qadir 'Audah berjudul: *At-Tasyrī' al-Jinā'i al-Islāmī Muqārānan bil Qanūn al-Qadiy*.¹⁰ Buku ini terdiri atas 2 jilid dan sangat populer apalagi sudah diterjemahkan ke dalam berbagai bahasa seperti Bahasa Inggris. Karya Muhammad Iqbal Siddiq juga menulis tentang hukum pidana Islam dalam bahasa Inggris berjudul: *The Penal Law of Islam*. Substansi dari karya ini tidak jauh beda dengan karya-karya hukum jinayah pada umumnya.¹¹ Sementara yang secara khusus membicarakan takzir adalah: *At-Ta'zīr fī Asy-Syarī'ah al-Islāmiyyah* karya Abdul Aziz Amir.¹²

Dalam konteks Indonesia, sumber pustaka yang secara spesifik mengetengahkan perspektif teoritis hukum pidana Islam, antara lain terdapat karya A. Hanafi berjudul *Asas-asas Hukum Pidana Islam*,¹³ dan karya Haliman berjudul *Hukum Pidana Syari'at Islam Menurut Ajaran Ahlus Sunnah*.¹⁴ Kedua sumber pustaka ini, pada pokoknya tidak terlalu berbeda satu sama lainnya, yang mana perspektif teoritis hukum pidana Islam yang diketengahkan lebih bersifat normatif, dan kurang memiliki perspektif akademis secara lebih kontekstual.

¹⁰ Abdul Qadir 'Audah berjudul: *At-Tasyrī' al-Jinā'i al-Islāmī Muqārānan bil Qanūn al-Qadīy* (Kairo: Dār at-Turās, 2005).

¹¹ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal Law of Islam* (Lahore: Kazi Publications, 1979).

¹² Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zīr fī Asy-Syarī'ah al-Islāmiyyah* (Kairo: Dār al-Fikr al-Arabi, 1976).

¹³ A. Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam* (Jakarta: Penerbit Bulan Bintang, 1976).

¹⁴ Haliman, *Hukum Pidana Syari'at Islam Menurut Ajaran Ahlus Sunnah* (Jakarta: Penerbit Bulan Bintang, 1971).

Sementara itu, perspektif teoritis kebijakan hukum pidana konvensional memang terbilang cukup banyak, antara lain direpresentasikan dalam karya Barda Nawawi Arief dan karya Sholehuddin. Namun, praktisnya dapat dibilang tidak satu pun diantaranya yang mengetengahkan komparasi akademis perspektif hukum jinayah Islam. Di antaranya karya Sholehuddin berupa *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana: Ide Dasar Double Track System & Implementasinya*.¹⁵ Karya ini memaparkan perspektif *double track system* sebagai sebuah stelsel sanksi alternatif dalam sistem hukum pidana kontemporer, dimana telah menjadi orientasi kebijakan pemidanaan untuk menerapkan sanksi sebagai *treatment* setara dan terpisah dengan sanksi sebagai *punishment*. Meskipun, regulasi sanksi yang bersifat tindakan (*treatment*) dan sanksi yang bersifat pidana (*punishment*), dalam operasionalnya kerap menimbulkan *inconsistency* penetapannya antara satu produk legislasi perundang-undangan pidana dengan yang lainnya. Sementara karya Barda Nawawi Arief berupa *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*.¹⁶ membahas kebijakan hukum pidana secara komprehensif dan sistemik terkait dengan kebijakan penanggulangan kejahatan, penegakan hukum, kebenaran dan keadilan.

Adapun kajian lain yang membahas permasalahan pemidanaan di Indonesia adalah karya Sabri Samin yang berjudul: *Konsep Pemidanaan dalam Islam dan Kemungkinan Implementasinya di Negara Hukum Indonesia*.¹⁷ Karya ini sebagaimana tertulis dalam

¹⁵ Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana: Ide Dasar Double Track System & Implementasinya* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2003).

¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002).

¹⁷ Sabri Samin, "Konsep Pemidanaan dalam Islam dan Kemungkinan Implementasinya di Negara Hukum Indonesia", *Disertasi* (Jakarta: Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2007).

judulnya membahas pembedaan secara umum dalam konteks negara Indonesia, dengan mengambil contoh-contoh pada pidana biasa seperti pencurian dan perkosaan.

Sejalan dengan keinginan untuk melihat efektivitas pembedaan di Indonesia dalam konteks otonomi daerah, kajian Yuni Roslaili yang berjudul "Formalisasi Hukum Pidana Islam di Indonesia: Analisis Kasus Penerapan Hukum Pidana Islam di Nangroe Aceh Darussalam", misalnya menemukan bahwa kebijakan transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional tidak memiliki hubungan dengan perjuangan untuk menuju negara Islam atau Islam sebagai dasar negara. Tetapi sebaliknya, legislasi hukum Islam menjadi perundang-undangan negara memiliki kontribusi positif dalam memperkuat daya rekat umat Islam terhadap komitmen negara kebangsaan karena syariah bisa berjalan seiring dengan Pancasila dan UUD 1945, sebagaimana di daerah Aceh yang menjadi kajian disertasi ini. Menurutnya, penerapan hukum Islam termasuk pidananya di Aceh memiliki akar sejarah yang panjang di Aceh.¹⁸

Selanjutnya, kajian tentang implementasi pembedaan Islam di Indonesia dalam berbagai kasus ada antara lain dilakukan oleh Mardani: "Penyalahgunaan Narkoba dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Hukum Pidana Nasional", memaparkan konsep pembedaan dalam Islam tetapi implementasinya dalam kasus narkoba. Karya ini didasari oleh adanya realitas bahwa Indonesia yang pada mulanya sebagai negara transit perdagangan narkoba kini sudah dijadikan daerah tujuan operasi daerah produksi oleh jaringan narkoba internasional yang dilakukan dengan modus operandi yang tinggi dan teknologi canggih. Melihat perkembangan

¹⁸ Yuni Roslaili, *Formalisasi Hukum Pidana Islam di Indonesia: Analisis Kasus Penerapan Hukum Pidana Islam di Nangroe Aceh Darussalam*. Disertasi (Jakarta: Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2009).

jaringan narkoba di Indonesia maka perlu untuk dicarikan solusinya, termasuk dalam tinjauan pidana Islam.¹⁹

Nurul Irfan dengan kajiannya: "Tindak Pidana Korupsi di Indonesia dalam Perspektif Fikih Jinayah". Kajian ini diilhami oleh keadaan praktik korupsi di Indonesia yang sudah sampai pada level yang sangat menggelisahkan, dimana ia menyimpulkan bahwa tindak pidana korupsi yang terjadi di Indonesia masuk dalam kategori jarimah ta'zir.²⁰

Sumber literatur lain yang mengetengahkan spesifikasi kajian mengenai eksistensi hukum Islam di Indonesia, diantaranya Al-Yasa' Abubakar yang mengeksplorasi secara mendalam tentang "Syari'at Islam di Provinsi Nangroe Aceh Darussalam: Paradigma, Kebijakan dan Kegiatan".²¹ Juga karya Busthanul Arifin berjudul *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*.²² Selain itu, juga terdapat karya Amrullah Ahmad (editor) berjudul *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*,²³ karya Abd. Salam Arief berjudul *Pembaruan Pemikiran Hukum Islam Antara Fakta dan Realita: Kajian Pemikiran Hukum Syaikh Mahmud Syaltut*,²⁴

¹⁹ Mardani, "Penyalahgunaan Narkoba dalam Perspektif Hukum Pidana Islam dan Hukum Pidana Nasional", *Disertasi* (Jakarta: Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2004).

²⁰ Nurul Irfan, "Tindak Pidana Korupsi di Indonesia dalam Perspektif Fikih Jinayah". *Disertasi* (Jakarta: Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, 2008).

²¹ Al-Yasa' Abubakar, *Syari'at Islam di Provinsi Nangroe Aceh Darussalam: Paradigma, Kebijakan dan Kegiatan* ini (Banda Aceh: Dinas Syari'at Islam Provinsi Nangroe Aceh Darussalam, 2004).

²² Busthanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996).

²³ Amrullah Ahmad dkk., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996).

²⁴ Abd. Salam Arief, *Pembaruan Pemikiran Hukum Islam Antara Fakta dan Realita: Kajian Pemikiran Hukum Syaikh Mahmud Syaltut* (Yogyakarta: LESFI, 2003).

Jelasnya bahwa aneka sumber pustaka yang merepresentasikan khazanah pemikiran hukum Islam, termasuk kajian mengenai hukum pidana, hampir semuanya masih dominan dalam perspektif normatif Islam. Hal sebaliknya, aneka sumber pustaka yang merepresentasikan khazanah pemikiran hukum kontemporer justru masih didominasi perspektif hukum rasional (konvensional), termasuk perspektif kajian sistem hukum nasional Indonesia, praktisnya sama sekali menghampakan makna meta-yuridis konsepsi Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai dasar negara.²⁵

Sedangkan karya Topo Santoso merupakan sumber pustaka yang secara khusus membahas kajian hukum pidana Islam yang dapat dikategorikan sebagai karya lebih kontekstual dan komprehensif. Bahkan, dalam konteks ini Jimly Asshiddiqie²⁶ mengapresiasi kehadiran karya Topo Santoso berjudul *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syari'at Dalam Wacana dan Agenda*,²⁷ sebagai karya yang sangat relevan sehubungan dengan kurangnya karya-karya sejenis, di tengah minat untuk mengkaji hukum pidana Islam semakin meluas. Sementara, kajian dan studi kritis dan mendalam terhadap bidang ini terus makin menghilang, karena dipandang kurang bermanfaat secara praktis lantaran hilangnya penerapan pidana Islam di dunia Islam. Relevansi karya pustaka ini, menurutnya, juga sehubungan berkembangnya pandangan yang secara ekstrim bertentangan satu sama lain. Di satu sisi, para ahli hukum Barat melihat hanya sisi negatif hukum pidana Islam (kejam, keras dan sebagainya). Pada sisi lain, para ulama atau ahli

²⁵ Lihat ketentuan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945.

²⁶ Jimly Asshiddiqie "Kata Pengantar" dalam Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syari'at dalam Wacana dan Agenda* (Jakarta: Gema Insani Press, 2003), hlm.vii.

²⁷ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syari'at dalam Wacana dan Agenda* (Jakarta: Gema Insani Press, 2003).

fikih justru memandang hukum Barat sebagai hukum kafir yang sama sekali tidak memiliki relevansi dalam Islam, dan bahkan tidak boleh dikaji.

Dalam konteks inilah, maka spesifikasi kajian mengenai kebijakan pemidanaan dalam perspektif hukum pidana Islam dan hukum pidana nasional secara komparatif, dapat secara akademis diposisikan sebagai bagian kekayaan khazanah dan perspektif kajian aspek hukum syariah Islam kontekstual. Bahkan, tidak sekedar itu, secara spesifik kajian ini dilakukan sekaligus merupakan alternatif untuk mengetengahkan kondisi faktual tentang topik legal formal syariah Islam yang lebih memadai secara sistematis dan komprehensif, di tengah pluralisme sistem hukum dan potensi konflik hukum. Tentu saja, sekaligus merupakan usaha pengembangan kontribusi pemikiran akademis yang lebih memadai secara sistematis dan komprehensif guna melengkapi kekayaan khazanah dan perspektif kajian aspek hukum syariah Islam kontekstual.

C. Sekilas tentang Teori Pemidanaan: Sebuah Perbandingan Awal

Dalam mengurai dan memecahkan permasalahan yang terdapat dalam tulisan ini, penyusun mendasarkan pada satu atau beberapa teori pendukungnya. Teori yang dipergunakan adalah yang memiliki relevansi langsung dan cukup signifikan dalam telaah kali ini, sehingga kemampuan untuk melakukan objektifikasi ide dan pengabsahan kontekstual dapat ditemukan. Teori yang dipergunakan dalam penulisan ini adalah teori pemidanaan dalam hukum pidana positif, teori hukum pidana Islam dan teori ta'zir.

Pembalasan mengandung arti, hutang si penjahat "telah dibayarkan kembali" (*the criminals paid back*), sedangkan penebusan dosa mengandung arti, si penjahat "membayar kembali hutangnya" (*the criminal pays back*). Jadi, pengertiannya tidak jauh berbeda. Menurut John Kaplan, tergantung dari cara orang berpikir pada saat menjatuhkan suatu sanksi. Apakah dijatuhkannya sanksi itu karena kita menghutangkan sesuatu kepadanya" ataukah disebabkan ia berhutang sesuatu kepada kita."

Sebaliknya, Johannes Andenaes menegaskan, "penebusan" tidak sama dengan "pembalasan dendam" (*revenge*). Pembalasan berusaha memuaskan hasrat balas dendam dari sebagian para korban atau orang-orang lain yang simpati kepadanya, sedangkan penebusan dosa, lebih bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.³²

b. Teori Relatif atau Teori Tujuan

Secara garis besar tujuan pidana menurut teori relatif bukanlah sekedar pembalasan tetapi juga mewujudkan ketertiban dalam masyarakat. Mengutip pendapatnya Muladi dan Barda Nawawi sebagai berikut: "Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan pada orang yang telah melakukan tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Jadi dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini adalah terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan "*qua peccatum est*" (karena orang membuat kejahatan) melainkan "*ne peccetur*" (supaya orang jangan melakukan kejahatan).³³

Berdasarkan ungkapan Muladi dan Barda Nawawi itu, artinya teori relatif ini berusaha membina terpidana agar menjadi manusia

³² Ibid., hlm. 14.

³³ Muladi dan Barda Nawawi Arif, *Teori-teori*, hlm. 16.

berguna dalam masyarakat serta berusaha mewujudkan ketertiban masyarakat, karena dikatakan tujuan pidana supaya orang jangan melakukan kejahatan.

Teori relatif memandang, pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan si pelaku, tetapi sebagai sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan. Dari teori ini muncul tujuan pemidanaan sebagai sarana pencegahan, baik pencegahan khusus yang ditujukan pada si pelaku maupun pencegahan umum yang ditujukan pada masyarakat. Menurut Leonard Orland,³⁴ teori relatif pemidanaan bertujuan mencegah dan mengurangi kejahatan. Pidana harus dimaksudkan untuk mengubah tingkah laku penjahat dan orang lain yang berpotensi atau cenderung melakukan kejahatan. Karena itu, teori relatif lebih melihat ke depan.

c. Teori gabungan

Tujuan pidana menurut teori gabungan selain membalas kesalahan penjahat juga dimaksudkan untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban. Van Bemmelem sebagaimana dikutip Djisman Samosir mengatakan:

Pembenaran pidana terletak pada pembalasan. Hanya yang salah boleh di pidana-pidana itu sesuai dengan delik yang dilakukan...harus menjatuhkan pidana hanya terhadap orang yang bersalah dan beratnya pidana tidak boleh melebihi beratnya pelanggaran, terhadap mana dilakukan tuntutan.³⁵

³⁴ Leonard Orland, *Justice, Punishment, Treatment The Correctional Process* (New York: Free Press, 1973), hlm. 184.

³⁵ Djisman Samosir, *Fungsi Pidana Penjara dalam Sistem Pemidanaan di Indonesia* (Bandung: Bina Cipta, 1999), hlm. 13.

Walaupun terdapat perbedaan pendapat mengenai tujuan pidana, namun ada satu hal yang tidak dapat dibantah bahwa pidana merupakan salah satu sarana untuk mencegah kejahatan serta memperbaiki terpidana. Dengan demikian pidana mati dapat dikatakan sebagai salah satu upaya pembalasan dari pidana yang ia lakukan sekaligus dapat mencegah agar masyarakat tidak mengikuti untuk melakukan tindak pidana.

Hal yang menjadi perhatian adalah bagaimana mengembangkan teori ppidanaan itu khususnya ppidanaan dalam Islam dapat diberlakukan di Indonesia dengan menetapkan rumusan-rumusan ppidanaan sehingga relevan untuk diterapkan.

Di samping memperhatikan kelaziman ilmiah yang berkembang dalam ilmu hukum, keberlakuan ppidanaan dalam Islam itu harus dapat diterima oleh pikiran ilmiah kalangan akademisi hukum. Artinya berlakunya norma ppidanaan dalam Islam harus pula diterima oleh jalan pikiran kalangan akademisi. Dengan demikian, transfer bentuk ppidanaan dalam Islam ke dalam hukum pidana Indonesia harus mengikuti prosedur yang berlaku dan didasarkan pada penerimaan masyarakat dan dilegitimasi oleh kekuasaan negara. Selain itu, transfer itu tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah dilihat dari perspektif teori ppidanaan.³⁶

2. Teori Ppidanaan dalam Islam

Secara umum dapat dikatakan bahwa berbeda dengan sistem hukum pidana positif yang mendasarkan dan menjustifikasi teori hukumannya pada pandangan tentang utilitas sosial (*social utility*), maka teori hukuman dalam sistem hukum pidana Islam lebih didasarkan pada sumber teks wahyu Tuhan yang dituliskan dalam al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah.

³⁶ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan*, hlm. 13

Menurut A. Hanafi, tujuan pokok adanya ppidanaan dalam syariat Islam adalah untuk:

- Pencegahan (*ar-raddu wa az-jazru*)
- Perbaikan (*al-iṣlāḥ*)
- Pendidikan (*at-ta'dīb*).³⁷

Tujuan ppidanaan dalam Islam dapat dipahami dari petunjuk nas yang terdapat dalam QS al-Ma'idah (5): 33 tentang *al-hirābah* (perampokan):

ذَٰلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾

... Yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka di dunia, dan di akhirat mereka beroleh siksaan yang besar.³⁸

Tujuan ppidanaan yang tercantum dalam nas itu adalah penghinaan³⁹ (*خزي*) yaitu sanksi penghinaan dan sanksi yang membuka kejelekan/aib seperti dikatakan *أخزاه الله* artinya Allah membuka kejelekan dan menghinakannya. Maksudnya membuka aibnya dan menghinakannya.⁴⁰ Menurut al-Jaṣāṣ, ayat tersebut menunjukkan bahwa bagi pelaku pencurian ditegakkan had atasnya.

³⁷ A. Hanafi, *Asas-asas*, hlm. 255.

³⁸ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya* (Semarang: CV. Toha Putera, 1989), hlm.164.

³⁹ Berkaitan dengan ini Leo Polak yang menguraikan tentang variasi-variasi teori pembalasan mengemukakan bahwa salah satu pembalasan adalah penghinaan (*reprobasi*). Teori penghinaan ini didukung oleh Von Bart yang mengatakan: "Makin besar kehendak menentang hukum makin besar penghinaan yang dijatuhkan." Lihat Leo Polak dalam Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana, Edisi Revisi* (Jakarta: Rineka Cipta, 1994), hlm. 23-33.

⁴⁰ Muhammad Ali aṣ-Ṣabuni, *Rawā'i'u al-Bayān fi Tafsīr Ayāt al-Aḥkām min al-Qur'ān*, Juz I (Jakarta: Dar al-Kutub al-Islamiyah, 1999 M/1420H), hlm.514.

Tidak ada kafarat untuk dosanya, karena Allah telah memberitakan mengenai ancamannya di akhirat sesudah ditegakkan had atas mereka.⁴¹

Tujuan pemidanaan dalam Islam dapat juga ditemukan dalam al-Qur'an tentang pencurian:

....جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نِكَالًا وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

(Sebagai) pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.⁴²

Pemidanaan menurut nas tersebut sebagai pembalasan (جَزَاءٌ) dan sebagai siksaan (نِكَالًا). Berdasarkan informasi dari ayat-ayat tersebut, maka tujuan pemidanaan dalam Islam pada intinya adalah siksaan dan penghinaan sebagai bentuk pembalasan. Siksaan dan penghinaan inilah yang merupakan wujud dari suatu sanksi pidana. Hal yang sama dikemukakan oleh Iqbal Siddiqi dengan menyitir pertengahan Q.S. an-Nuur (24): 2 bahwa: "...Dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah dan hari akhirat..."⁴³ Atas dasar ayat ini, Iqbal Siddiqi berkesimpulan;

1. Jika kesalahan itu terbukti, maka orang yang melakukan kejahatan harus dihukum dan disaksikan para korban.
2. Tidak ada rasa kasihan pada pemberian sanksi pidana.

⁴¹ Imam Abi Bakr Ahmad ar-Razi al-Jasās selanjutnya disebut Imam al-Jasās, *Aḥkām al-Qur'ān*, Jilid II (Beirut: Dār al-Fikr, 1414 H/1993 M), hlm. 115.

⁴² Q.S. al-Maidah (5): 38

⁴³ Q.S. an-Nur (24): 2.

3. Sanksi pidana yang telah ditentukan tidak dapat digantikan:
 - a. Jika perasaan kasih sayang itu berubah tidak dapat dipatuhi.
 - b. Jika sanksi pidana itu dipandang kejam, hendaklah ditolak dan ditentang dan hanya kemunafikan yang dapat beranggapan atau berkata demikian.⁴⁴

Para fukaha berpendapat bahwa tujuan pemidanaan dalam Islam sebagai upaya menolak dan mencegah (الرد والزجر) serta upaya memberi perbaikan dan pendidikan (الإصلاح والتأديب).⁴⁵ Pada dasarnya sanksi pidana itu merupakan pembalasan atas tindak pidana yang dilakukan seseorang. Bentuk-bentuk pembalasan dapat saja bervariasi, tergantung pada jenis-jenis tindak pidana yang terjadi. Pembalasan itu bisa berkualifikasi berat, ringan dan bahkan bisa sama. (qīṣaṣ).

Esensi dari suatu pemidanaan dimaksudkan untuk mengeliminir dan meminimalkan kemungkinan terjadinya suatu tindak pidana. Tujuan pemidanaan bisa tercapai apabila sanksi pidana dapat membuat yang bersangkutan dan orang lain terhindar dari melakukan perbuatan yang dilarang atau meninggalkan kewajiban yang diperintahkan.

Untuk memudahkan pengkajian dalam tulisan ini, maka pendekatan pidana Islam maka konsep Abdul Qadir Audah menjadi perspektif kajian.

1. Teori Takzir

Abu Ishaq As-Sirazi mendefinisikan takzir (*discretionary*) dengan hukuman yang tidak ditentukan oleh Al-Qur'an dan hadis

⁴⁴ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal*, hlm. 7-8.

⁴⁵ A. Hanafi, *Asas-asas*, hlm. 279.

yang berkaitan dengan kejahatan yang melanggar hak Allah dan hak hamba yang berfungsi untuk memberi pelajaran kepada terpidana dan mencegahnya untuk tidak mengulangi lagi kejahatan itu.⁴⁶

Dengan demikian, menurut penulis, tujuan sanksi *ta'zir* itu bersifat preventif (pencegahan), represif (diharapkan dapat memberikan dampak positif bagi terpidana), kuratif (diharapkan mampu membawa perbaikan sikap dan perilaku terpidana di kemudian hari) dan edukatif (diharapkan dapat menyembuhkan hasrat terpidana untuk mengubah pola hidupnya ke arah yang lebih baik).

Syara' tidak menentukan macam-macam hukuman untuk tiap-tiap jarimah *ta'zir*, tetapi hanya menyebutkan sekumpulan hukuman, dari yang ringan-ringannya sampai kepada yang seberat-beratnya. Dalam hal ini, hakim diberi kebebasan untuk memilih hukuman-hukuman mana yang sesuai dengan macam jarimah *ta'zir* serta keadaan si pembuatnya. Jadi hukuman-hukuman jarimah *ta'zir* tidak mempunyai batas tertentu.

Ta'zir memang bukan termasuk dalam kategori hukuman hudud, namun bukan berarti tidak boleh lebih keras dari hudud, bahkan sangat dimungkinkan di antara sekian banyak jenis dan bentuk *ta'zir* berupa hukuman mati. Dalam masalah ini Abdul Qadir Audah tampaknya sangat berat hati untuk mengatakan bahwa *ta'zir* boleh dalam bentuk hukuman mati. Secara tegas ia menyatakan bahwa:

Seyogyanya sanksi *ta'zir* bukan sanksi yang bersifat mematikan, maka dari itu *ta'zir* tidak boleh dalam bentuk hukuman mati atau pemotongan anggota tubuh pelaku. Tetapi mayoritas

⁴⁶ Abu Ishaq asy-Syirazi, *Al-Muhazzab* (Mesir: Isa al-Bab al-Halabi, t.th.), hlm. 398. Lihat juga Christian Lange, *Justice, Punishment, and the Medieval Muslim Imagination* (New York: Cambridge University Press, 2008), hlm. 216.

fuqaha membolehkan sebagai pengecualian dari prinsip umum ini, untuk menetapkan hukuman mati sebagai *ta'zir*, kalau akan membawa kemaslahatan umum.⁴⁷

Wahbah Zuhaili mengemukakan bahwa syariat Islam menyerahkan kepada *ulul amri* (penguasa negara) untuk meneliti dan menentukan sanksi pelaku tindak pidana sesuai dengan kejahatannya, untuk mencegah permusuhan, mewujudkan perdamaian dan kesejahteraan masyarakat kapan dan di mana saja. Sanksi-sanksi ini sangat beragam/berbeda-beda sesuai dengan situasi dan kondisi sebuah masyarakat, sesuai dengan taraf pendidikan warga masyarakat, dan berbagai kondisi lain pada suatu masa dan tempat.⁴⁸

Dari pernyataan Zuhaili ini bisa diketahui bahwa jenis dan bentuk hukuman *ta'zir* sangat banyak dan beragam. Semuanya menjadi kompetensi hakim atau penguasa setempat. Tentu di dalam memutuskan suatu jenis dan ukuran sanksi *ta'zir* hakim harus memperhatikan isyarat-isyarat dan petunjuk nas keagamaan secara teliti, baik dan mendalam, sebab hal ini menyangkut kepentingan dan kemaslahatan umum atau masyarakat dalam sebuah negara.

Teori *ta'zir* yang dikemukakan oleh Wahbah Zuhaili dan Abdul Qadir Audah inilah yang akan dipakai dalam membahas permasalahan *ta'zir* lebih lanjut dalam buku ini.

⁴⁷ Lihat Abdul Qadir Audah, *At-Tasyri' al-Jinā'i al-Islāmī*, hlm. 687.

⁴⁸ Wahbah Zuhaili, *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuhu*, Jilid 7, hlm. 5300.

BAB II

KEBIJAKAN PEMIDANAAN DALAM HUKUM PIDANA ISLAM DAN POSISINYA DALAM SISTEM HUKUM NASIONAL

A. Tinjauan Umum Hukum Islam

1. Makna, Hakikat dan Tujuan Hukum Islam

Hukum Islam merupakan doktrin Islam yang paling inti dari keseluruhan ajaran-ajaran Islam lainnya.¹ Karena hukum Islam tidak saja dipandang sebagai suatu aturan yang membimbing perilaku amaliah keagamaan umat muslim, tetapi juga merupakan penjelmaan kongkret kehendak Allah di tengah-tengah masyarakat. Namun demikian, hukum Islam tumbuh dan berkembang dalam berbagai situasi dan kondisi serta aspek ruang dan waktu, sebagaimana disiplin keilmuan lainnya. Berkembangnya hukum Islam di masyarakat merupakan konsekuensi logis dari pertemuannya dengan fakta-fakta sosial dan inilah kemudian yang melahirkan epistemologi hukum Islam (fikih).²

Fikih merupakan terminologi baku sebagai sebutan salah satu cabang keilmuan dalam Islam. Pemaknaan paling mendasar dari

¹ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (London: Calender, 1996), hlm. 1

² Lihat. Musa Kamil, *al-Madkhal Ilā Tasyrī' al-Islāmī*, (Bairūt: Muassasah al-Risālah, tt), 89. Lihat juga, Abu Ishaq al-Shairazi, *al-Lumā' Fī Uṣūl al-Fiqh*, (Libanon: Dār al-Kutub, 475 H), hlm. 6.

istilah tersebut adalah pemahaman seorang mujtahid terhadap teks-teks agama (Al-Qur'an dan al-Hadis) dalam interaksinya dengan realitas-realitas yang berkembang.³ Pemahaman ini diperlukan sebelum muatan teks tersebut dilaksanakan. Tujuannya, untuk mempertegas kesesuaian antara maksud yang diinginkan oleh sang "pembicara" teks (al-mutakallim), makna menurut sang penerima teks (al-mutalaqqi) dan konstruksi bahasa yang digunakannya (*al-uṣlūb al-lugawī*). Karena itu, Ibn al-Qayyim menyatakan:

Fikih itu lebih dalam dari sekedar pemahaman terhadap makna, ia merupakan pemahaman terhadap keinginan sang pembicara dari susunan kalimatnya. Ini tentu memiliki kadar yang lebih dari sekedar konstruksi lafal dalam ilmu bahasa. Perbedaan manusia dalam mencerna hal ini, akan mengakibatkan perbedaan mereka dalam hal fikih dan pemahaman terhadap agama.⁴

Adapun hukum Islam biasanya disebut dengan beberapa istilah⁵ atau nama yang masing-masing menggambarkan sisi atau karakteristik tertentu hukum tersebut. Setidaknya ada empat nama yang sering dikaitkan kepada hukum Islam yaitu syariah, fikih, hukum syarak, dan *qanun*. Syariah biasanya dipakai dalam dua pengertian, dalam arti luas dan sempit. Dalam arti luas, syariah merujuk kepada himpunan norma atau petunjuk yang bersumber kepada wahyu Ilahi untuk mengatur sistem kepercayaan dan tingkah laku kongkret manusia dalam berbagai dimensi hubungan. Dengan

³ Muhammad Ad-Dasūqī dan Aminah al-Jabir, *Muqaddimah fi Dirāsāt al-Fiqh al-Islāmī*, (Qatar: Dauhah, 1990), hlm.13-22.

⁴ Ibn al-Qayyim al-Jauziyah, *I'lam al-Muwaqqi'īn*, dalam Abdul Rauf Sa'dan (ed.) (http://Maktabah al-Kulliyah al-Azhariyyah, t.th.), 1:219.

⁵ Lihat Mustofa, *Hukum Islam Kontemporer* (Jakarta: Sinar Grafika, 2003), hlm.1.

demikian, syariah dalam arti luas meliputi dua aspek agama Islam, yaitu akidah dan amaliah.

Aspek amaliah dari syariah dalam arti luas tersebut, dimana sering juga disebut syariah, yaitu syariah dalam arti sempit yang merujuk kepada himpunan norma yang bersumber kepada wahyu Ilahi yang mengatur tingkah laku kongkret manusia dalam berbagai dimensi hubungannya. Dengan demikian, syariah dalam arti sempit merupakan bagian dari syariah dalam arti luas. Syariah dalam arti sempit inilah yang biasanya disebut hukum, yaitu hukum Islam. Namun, konsep syariah dalam arti sempit ini tidaklah persis sama dengan konsep hukum. Karena syariah (dalam arti sempit) tidak hanya memuat kaidah hukum *an sich* yang didukung oleh sanksi yang dapat ditegakkan secara paksa, tetapi juga meliputi kaidah keagamaan maupun kaidah kesusilaan dan sosial. Dengan begitu, konsepsi hukum dalam perspektif Islam lebih luas dari apa yang biasanya dikenal sebagai hukum yang dibatasi pada kaidah yang didukung oleh sanksi yang dapat ditegakkan secara paksa oleh kekuasaan yang berwenang.

Fiqh atau fikih adalah istilah lain yang digunakan untuk menyebut hukum Islam. Istilah ini biasanya dipakai dalam dua arti. *Pertama*, dalam arti ilmu hukum atau paralel dengan istilah *jurisprudence* dalam bahasa Inggris, sehingga dengan demikian *fiqh* merujuk kepada pengertian cabang studi yang mengkaji hukum Islam. *Kedua*, dipakai dalam arti hukum itu sendiri, dan paralel dengan istilah *law* dalam bahasa Inggris. Dalam arti ini *fiqh* merupakan himpunan norma atau aturan yang mengatur tingkah laku, baik berasal langsung dari Al-Qur'an dan Sunnah Nabi saw., maupun dari hasil ijtihad para ahli hukum Islam. Umumnya dalam praktik, fikih dalam arti kedua ini dipakai secara identik dengan syariah dalam arti sempit. Perbedaannya hanya pada sisi

penekanan dimana syariah menggambarkan dan menekankan bahwa hukum Islam berdimensi Ilahi dan bersumber kepada wahyu Allah, sedangkan fikih menggambarkan karakteristik lain dari hukum Islam, yaitu meskipun berkarakter ilahiah, penerapan dan penjabarannya dalam kehidupan riil masyarakat sepenuhnya merupakan upaya manusiawi.⁶

Hukum syara' merujuk kepada satuan norma atau kaidah. Himpunan norma atau hukum syarak ini membentuk syariah (dalam arti sempit atau fikih). Norma atau hukum syarak yang membentuk syariah atau fikih ini meliputi baik norma-norma *taklifi*, seperti wajib, sunnat, mubah, makruh dan haram; maupun meliputi norma-norma *wad'i* seperti sebab (akad merupakan sebab terjadinya perpindahan milik atas suatu barang yang diperjualbelikan), syarat (milik sendiri adalah syarat untuk sahnya wakaf), dan penghalang (delik pembunuhan menjadi penghalang bagi pelakunya untuk mendapatkan warisan atau wasiat dari pewaris atau pemberi wasiat yang dibunuhnya).

Qanūn menggambarkan bagian dari syariah yang telah dipositivisasi dan diintegrasikan oleh pemerintah menjadi hukum negara, seperti hukum perkawinan (Undang-Undang No. 1 Tahun 1974), hukum wakaf (Undang-Undang No. 41 Tahun 2004), dan lain-lain. Selain itu, *qanūn* juga merujuk kepada berbagai peraturan perundangan yang dikeluarkan oleh pemerintah di negeri muslim dalam rangka pelaksanaan syariah dan mengisi kekosongan serta melengkapi syariah. Tindakan ini disebut *siyasah syar'iyah*.⁷

Istilah-istilah ini memperlihatkan strategi dan taktik hukum Islam untuk terus berevolusi mengikuti perkembangan dan

⁶ Akhmad Zaki Yamani, *Syariat Islam yang Abadi Menjawab Tantangan Masa Kini*, terj. Mahyuddin Syafii (Bandung: Al-Ma'arif, 1986), hlm. 17.

⁷ Syamsul Anwar, *Studi Hukum Islam Kontemporer* (Yogyakarta: Cakrawala, 2006), hlm. 11-15.

perubahan zaman dengan tetap mempertahankan ciri esensialnya sebagai hukum yang berdimensi dan bersumber Ilahi. Sepanjang sejarahnya, hukum Islam senantiasa menjadi hukum yang berlaku di dalam berbagai masyarakat muslim. Di Indonesia hukum Islam merupakan salah satu sumber pengembangan hukum nasional, di samping hukum adat dan hukum barat. Dalam tata hukum Indonesia, hukum Islam memiliki peluang konstitusional yang jelas. Menurut Hazairin, ahli hukum dari Universitas Indonesia, menegaskan bahwa pasal-pasal UUD 1945 mengandung prinsip-prinsip, antara lain tidak boleh dibuat peraturan yang bertentangan dengan kaidah-kaidah agama dan negara berkewajiban menjalankan syariat agama-agama, yaitu syariat Islam bagi umat Islam, syariat Hindu bagi umat Hindu, dan syariat Nasrani bagi umat Nasrani.⁸

Hukum Islam sebagai sebuah ketentuan yang telah menyejarah dalam realitas kehidupan ummat Islam, merupakan realitas yang hidup. Meskipun demikian, secara teoritis hukum Islam hendaknya dilihat secara komprehensif. Karena pada kenyataannya, terdapat dua *term* yakni syariah dan fikih yang selalu dimaknai secara berbeda dan bahkan sering disamakan.

Mahmūd Syaltūṭ dalam bukunya yang berjudul "*al-Islām 'Aqīdah wa Syarī'ah*", mengatakan bahwa syariah adalah imbalan terhadap aqidah, di mana aqidah memantulkan tataran teoritis (*al-janib al-naẓar*) dari doktrin Islam, sementara syariah menampilkan dimensi praksis (*al-janib al-'amalī*).⁹ Hasbi Ash-Shiddieqy mengatakan, bahwa fikih lebih banyak berorientasi pada persoalan yang bersifat praksis (*amaliyah*) semata, sedangkan syariah menyangkut hal-hal yang bersifat keyakinan, etika amaliyah dan

⁸ Hazairin, *Demokrasi Pancasila*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), hlm. 33-34.

⁹ Mahmūd Syaltūṭ, *al-Islām 'Aqīdah wa Syarī'ah*, (Kairo: Dār al-Qalam, 1996), hlm. 11.

etika.¹⁰ Sampai di sini, belum terlihat sebuah pemisahan yang jelas (*clear distinction*) antara dua *term* di atas, sehingga tidak mengherankan kalau terjadinya pencampuradukkan antara syariah dengan fikih baik pada tataran praksis maupun teoritis. Tidak adanya pemisahan yang jelas antara kedua terma tersebut melahirkan suatu pemahaman yang menganggap fikih sebagai sebuah pandangan yang bersumber pada wahyu, bahkan dalam tataran praksis, tidak jarang terjadi pensakralan terhadap fikih. Kecenderungan seperti ini dapat dilihat dalam karya-karya fikih klasik yang terdapat dalam berbagai mazhab hukum Islam.

Ambivalensi dan ambiguitas dua terminologi di atas, mulai dibedah dan diposisikan pada rel masing-masing. 'Abdul Karīm Zaidan, misalnya secara tegas membedakan kedua terma tersebut. Menurutnya, syariah menunjuk dan merujuk kepada hukum Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan al-Sunnah, sedangkan fikih menunjuk dan merujuk kepada ketetapan hukum yang dilahirkan dari sebuah proses penalaran ilmiah (*ijtihādiyyah*) para mujtahid.¹¹ Fikih yang merupakan hasil ijtihad (keaktivitas nalar mujtahid) mengandung konsekuensi, bahwa fikih selalu mengalami perkembangan dan menyertai realitas empiris atau sejalan dengan peristiwa, di mana peristiwa itu belum mendapatkan suatu kepastian hukum yang jelas dalam Al-Qur'an dan al-Sunnah. Kepastian hukum yang tertuang dalam Al-Qur'an dan as-Sunnah merupakan suatu wilayah yang tidak dapat disentuh oleh penalaran ilmiah (*ijtihād*), sedangkan fikih adalah realitas sebalik dari syariah.¹²

¹⁰ Hasbi Ash-Shiddiqie, *Pengantar Hukum Islam* (Jakarta: Bulan Bintang, 1980), hlm. 32-33.

¹¹ 'Abdul Karīm Zaidan, *al-Madkhal li Dirāsah asy-Syari'ah al-Islāmiyah* (Baghdad: Maṭba'ah al-Ma'ani, 1969), hlm. 20.

¹² Jamaluddin Aṭīyah, *Turaṣ al-Fiqh al-Islām* (Beirut: Dar al-Fath, 1967), hlm. 11.

a. Prinsip-prinsip Hukum dalam Islam

Terdapat berbagai masalah yang memerlukan hukum, maka hukum Islam bertitik tolak pada prinsip akidah Islamiah. Sentrum akidah Islam adalah tauhid. Prinsip ini melandasi semua aspek kehidupan dalam Islam, termasuk aspek hukumnya. Prinsip-prinsip lain selain prinsip tauhid, prinsip memagari akidah dengan akhlak karimah, prinsip menjadikan segala macam beban hukum demi kebaikan jiwa dan kesucian, prinsip keselarasan antara agama dan masalah hukum (dalam Islam tidak ada "*non menland*"), dan prinsip persamaan, bahwa manusia adalah umat yang satu (*ummah wāḥidah*).¹³

Prinsip-prinsip lain selain prinsip tauhid adalah:

1. Prinsip setiap hamba berhubungan langsung dengan Allah
Hukum Islam mengacu kepada hukum yang seluas-luasnya. Ia tidak hanya berkenaan dengan hubungan antara manusia (hamba) dan Tuhan, tetapi juga hubungan manusia dengan sesamanya, dan hubungan manusia dengan alam semesta. Ketetapan Allah mencakup semua makhluk-Nya.
2. Prinsip menghadapkan khitbah kepada akal
Manusia mempunyai kemampuan akal di daerah akal praktis (*practical reason*), sedangkan di balik itu terbentang luas tiada batas daerah akal murni (*pure reason*) yang hanya diketahui oleh Yang Maha Mengetahui. Nabi Musa as. yang berpikir logis dan kritis tidak mampu memahami perbuatan 'abdun sālih ketika Nabi Musa as. belajar kepadanya. Nabi Musa as. baru mengetahui hakikatnya setelah Tuhan memberikan penjelasan kepadanya.¹⁴

¹³ Lihat Rachmat Djatmika, "Jalan Mencari Hukum Islami Upaya ke Arah Pemahaman Metodologi Ijtihad" dalam Amrullah Ahmad, SF dkk., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 101-103.

¹⁴ Q.S. al-Kahfi (18): 79 dan 82).

3. Prinsip memagari akidah dengan akhlak karimah
Prinsip ini berkaitan dengan kehormatan manusia (*karāmah insāniyyah*), yaitu kehormatan yang diberikan kepada manusia seperti dinyatakan dalam berbagai ayat Al-Qur'an dan hadis Nabi. Kehormatan tersebut tidak terbatas pada satu ras saja, tidak pula bagi suatu bangsa tertentu, melainkan semua manusia. Manusia mempunyai hak dan kedudukan yang sama dalam kehormatan itu. Manusia yang paling mulia adalah yang paling bertakwa seperti dinyatakan oleh Al-Qur'an.¹⁵
4. Prinsip menjadikan segala macam beban hukum demi kebaikan jiwa dan kesucian.
Prinsip kebaikan jiwa dan kesucian merupakan nilai akhlak yang merupakan dasar lain dalam hubungan antarmanusia (perseorangan atau golongan). Prinsip inipun diterapkan terhadap seluruh makhluk Allah di muka bumi. Seperti: menolong yang lemah,¹⁶ menepati janji, malu berbuat kemungkaran, serta mengerjakan sifat-sifat utama adalah termasuk akhlak al-karimah (akhlak yang mulia).¹⁷
5. Prinsip keselarasan antara agama dan masalah hukum (dalam Islam tidak ada "non menland")
Prinsip ini menunjukkan bahwa seluruh hukum Islam yang terinci dalam berbagai bidang hukum bertujuan meraih maslahat dan menolak mafsadat. Kemaslahatan dan kemafsadatan dunia dapat diketahui dengan jelas. Bagi akal sehat, meraih kemaslahatan dan menolak kemafsadatan dalam kehidupan manusia dan makhluk lain merupakan suatu hal

¹⁵ Q.S. al-Hujurāt (49): 13.

¹⁶ Q.S. al-Anfāl (8): 61

¹⁷ Q.S. an-Nahl (16): 92-94.

yang baik dan terpuji. Demikian pula dalam hal mendahulukan kemaslahatan serta menolak kemudaratan.¹⁸

6. Prinsip persamaan
Bahwa manusia adalah umat yang satu (*ummatan wāhidatan*) termaktub dalam beberapa ayat Al-Qur'an, antara lain Q.S. al-Baqarah (2):213, an-Nisa (4):1, dan al-A'rāf (7):189. Perbedaan bahasa dan warna kulit tidak menjadi penghalang bagi kesatuan dan persamaan manusia secara menyeluruh, dan perbedaan itu sebenarnya merupakan *sunnatullāh* dalam kejadian manusia (Q.S. ar-Rūm (30):22). Demikian pula, adanya pelbagai macam suku dan jenis bangsa bukanlah untuk berpecah belah, melainkan untuk saling mengenal dan saling membantu di dalam kebaikan (Q.S. al-Hujurāt (49):13).
7. Prinsip menyerahkan masalah ta'zir kepada pertimbangan penguasa (hakim)
Prinsip ini menunjukkan keadilan (*'adālah*) yang tertinggi. Keadilan adalah hak semua manusia, baik kawan ataupun lawan. Orang yang baik ataupun yang jahat mendapat perlakuan yang adil dari hakim. Islam menganggap keadilan terhadap musuh lebih dekat kepada takwa (Q.S. al-Ma'idah (5):8) Keadilan harus selalu diperhatikan dan tetap ditegakkan (Q.S. an-Nahl (16):102, Q.S. an-Nisa (4):135). Semua rasul membawa tugas agar kehidupan manusia berjalan dengan adil (Q.S. al-Hadid (57): 25). Islam tidak membenarkan perlakuan sewenang-wenang si kuat terhadap si lemah.
8. Prinsip toleransi
Toleransi (*tasāmuh*) merupakan dasar pembinaan masyarakat dalam Islam. Dasar ini tidak menyerah kepada kejahatan

¹⁸ Q.S. an-Nahl (16): 92-94.

Islam yang hanya ditujukan untuk mengatur kehidupan manusia selaku anggota masyarakat (*odening van het sociale leven*).²¹

Hukum Islam melarang perbuatan yang pada dasarnya merusak kehidupan manusia, sekalipun perbuatan itu disenangi oleh manusia atau umpamanya perbuatan itu dilakukan hanya oleh seseorang tanpa merugikan orang lain, seperti seseorang meminum minuman yang memabukkan (*khamr*).²² Dalam pandangan Islam perbuatan itu tetap dilarang, karena dapat merusak akal yang seharusnya ia pelihara, walaupun ia membeli minuman tersebut dengan uangnya sendiri dan diminum di rumahnya tanpa mengganggu orang lain. Demikian dengan hubungan seksual di luar nikah (*zina*), perbuatan tersebut mutlak dilarang siapapun yang melakukannya, walaupun mereka melakukannya itu dengan suka sama suka, tanpa paksaan dan merugikan orang lain.

Hal sama umpamanya melakukan bunuh diri, makan bangkai ayam, membuang jam tangannya ke laut, atau membakar harta miliknya. Sekalipun perbuatan itu tidak merugikan orang lain, namun tetap perbuatan tersebut terlarang. Orang yang melakukannya akan diminta pertanggungjawaban di akhirat kelak, sekalipun di dunia tidak terkena hukuman.

Perbuatan di atas, menurut hukum di luar Islam, bukan sesuatu yang terlarang, selama tidak merugikan orang lain, atau merugikan masyarakat, karena pada dasarnya perbuatan pribadi seseorang yang tidak berkaitan dengan pribadi lain, tidak dicakup oleh norma yang dinamakan hukum, ia hanya termasuk norma moral.²³

²¹ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam* (Jakarta: Penerbit Bulan Bintang, 1976), hlm. 65.

²² Q.S. an-Nisa (4): 43.

²³ Ibrahim Hosen, *Bunga Rampai dan Percikan Filsafat Hukum Islam*, (Jakarta: Yayasan IIQ, 1997), hlm. 13.

Dengan demikian, Islam adalah agama yang memberikan pedoman hidup kepada manusia secara menyeluruh, meliputi segala aspek kehidupannya menuju tercapainya kebahagiaan hidup rohani dan jasmani, baik dalam kehidupan individunya maupun dalam kehidupan masyarakatnya. Secara umum, tujuan penciptaan hukum (*hikmah al-tasyri'*) dalam menetapkan hukum-hukumnya adalah untuk kemaslahatan serta kebahagiaan manusia seluruhnya, baik kebahagiaan di dunia yang *fana* (sementara) maupun kebahagiaan di akhirat yang *baqa'* (kekal) kelak tujuan hukum Islam yang demikian itu dapat kita tangkap antara lain dari firman Allah swt. dalam Q.S. al-Anbiya (21): 107, Q.S. al-Baqarah (2): 201-202.

Tujuan hukum Islam (*maqāsid asy-syarī'ah*) sebagaimana diuraikan di atas, dapat dirinci kepada lima tujuan yang disebut *al-maqāsid al-khamsah* atau *al-kulliyat al-khamsah*.²⁴ Lima tujuan itu adalah : *pertama*, memelihara agama (*ḥifẓ ad-dīn*), dimana agama adalah sesuatu yang harus dimiliki oleh manusia supaya martabatnya bisa terangkat lebih tinggi dari martabat makhluk lain, untuk memenuhi hajat jiwanya. Pengakuan iman, pengucapan dua kalimat syahadat, pelaksanaan ibadah shalat, puasa, haji dan

²⁴ Dalam literatur hukum Islam, *maqāsid* diterjemahkan dengan berbagai istilah, yakni *maqāsid asy-syarī'*, *maqāsid asy-syarī'ah*, dan *al-maqāsid asy-syarī'ah*. Berbagai bentuk ungkapan tersebut pada intinya mengandung makna yang sama yakni tujuan ditetapkan hukum Islam. Secara umum, sarjana hukum Islam memaknai *maqāsid asy-syarī'ah* sebagai censi ditetapkan hukum Islam. *Maqāsid asy-syarī'ah* merupakan sumber dari totalitas hukum Islam yang pada tataran implementatifnya dapat dijadikan sebagai paradigma pengambilan hukum Islam. Oleh karena itu, sekiranya ada satu ketentuan hukum Islam baik dalam al-Qur'an maupun al-Hadis yang bertentangan secara substantif dengan *maqāsid asy-syarī'ah*, maka ketentuan hukum tersebut mesti direformasi demi logika *maqāsid asy-syarī'ah*. Penjelasan tentang *maqāsid asy-syarī'ah* ini baca Ahmad ar-Raysūnī, *Nazarīyat al-Maqāsid asy-Syarī'ah* 'inda al-Imām asy-Syātibī (Riyāḍ: al-Dār al-'Alamiyah li al-Kitāb al-Islāmī wa al-Ma'had al-'Alamī al-Fikr al-Islāmī, 1981), hlm. 13. Lihat juga Nu'mān Jughaim, *Turuq al-Kasyf 'an Maqāsid asy-Syarī'ah*, cet. ke-1 (Yordan: Dār an-Nafā'is, 2002), hlm. 8.

mempertahankan kesucian agama merupakan bagian dari aplikasi memelihara agama. Kedua, memelihara jiwa (*ḥifẓ an-nafs*). Untuk tujuan memelihara jiwa Islam melarang pembunuhan, penganiayaan dan pelaku pembunuhan atau penganiayaan tersebut diancam dengan hukuman *qīṣāṣ*. Ketiga, memelihara akal (*ḥifẓ al-‘aql*). Ada beberapa hal yang membedakan manusia dengan makhluk lain, yakni, pertama: manusia telah dijadikan dalam bentuk yang paling baik dibandingkan dengan makhluk lain, dan kedua: manusia dianugerahi akal, sehingga akal perlu dipelihara, dan segala sesuatu yang merusak akal perlu dilarang. Aplikasi pemeliharaan akal ini antara lain misalnya larangan minum *khamr* (minuman keras), dan minuman lain yang dapat merusak akal, karena *khamr* dan minuman tersebut dapat menghilangkan fungsi akal manusia.

Keempat, memelihara keturunan (*ḥifẓ an-nasl*). Untuk memelihara kemurnian keturunan, maka Islam mengatur tata cara pernikahan dan melarang perzinahan serta perbuatan lain yang mengarah kepada perzinahan tersebut. Kelima: memelihara harta dan kehormatan (*ḥifẓ al-māl wa al-‘ird*). Aplikasi pemeliharaan harta antara lain pengakuan hak pribadi, pengaturan mu‘amalat seperti jual beli, sewa menyewa, gadai dan lain sebagainya. Pengharaman riba, larangan penipuan, larangan mencuri, ancaman hukuman bagi pencuri dan lain sebagainya. Selanjutnya aplikasi pemeliharaan kehormatan muncul dalam bentuk larangan menghina orang lain, ancaman bagi penuduh zina (*qazaf*).

Azhar Basyir merinci tujuan hukum Islam menjadi tiga kelompok besar yaitu pendidikan pribadi, menegakkan keadilan, memelihara kebaikan hidup.²⁵ Islam mendidik pribadi-pribadi agar menjadi sumber kebaikan bagi masyarakatnya, tidak menjadi

²⁵ Azhar Basyir, *Pokok-pokok Persoalan tentang Filsafat Hukum Islam* (Yogyakarta: FH.UII, 1984), hlm. 27.

sumber keburukan yang akan merugikan orang lain. Pendidikan pribadi diwujudkan dalam syariat ibadah seperti shalat, puasa, zakat dan haji. Ibadah tersebut disyariatkan guna menyucikan jiwa sekaligus memperkokoh hubungan kemasyarakatan.

Islam mengajarkan agar dalam hidup bermasyarakat ditegakkan keadilan dan ihsan. Keadilan yang harus ditegakkan harus mencakup keadilan terhadap diri pribadi, keadilan hukum, keadilan sosial dan keadilan dunia. Sebab, hukum Islam bertujuan untuk mewujudkan kebaikan hidup yang hakiki. Semua yang menjadi kepentingan hidup manusia harus diperhatikan. Kepentingan-kepentingan hidup manusia dapat dibagi tiga: yaitu kepentingan primer (*al-darūriyyāt*) atau kepentingan pokok, kebutuhan sekunder (*al-ḥājīyāt*), dan kepentingan tertier atau kepentingan pelengkap, penyempurna, (*at-taḥsīniyyāt* atau *al-kamāliyyāt*).

Kepentingan primer adalah kepentingan-kepentingan yang mutlak dibutuhkan oleh manusia dalam hidupnya. Kehidupan manusia akan rusak kalau kepentingan-kepentingan itu tidak dilindungi. Adapun yang termasuk kepentingan-kepentingan primer (*aḍ-darūriyyāt*) adalah *al-maqāṣid al-khamsah* atau *al-kulliyāt al-khamsah*, sebagaimana diuraikan di atas.²⁶

²⁶ *Maqāṣid asy-syarī‘ah* tidak saja diletakkan sebagai suatu metode, tetapi juga sebagai doktrin sekaligus. Sebagai “metode”, *maqāṣid asy-syarī‘ah* merupakan pisau analisis untuk mengembangkan nilai-nilai *naṣṣ* yang terbatas, dan sebagai “doktrin” bermaksud mencapai dan menjamin kemaslahatan umat manusia, khususnya umat Islam, terutama ketika dikaitkan dengan tiga masalah pokok dalam filsafat ilmu: ontologi, epistemologi, dan aksiologi. Ontologi adalah objek yang ingin diketahui atau sesuatu yang ingin diketahui. Dalam *usul al-fikih* objek (aspek ontologisnya) adalah kaedah-kaedah atau metode-metode *istinbāṭ al-aḥkām* yaitu *al-adillah asy-syar‘iyah* (dalil-dalil *syār‘ī* atau *naṣṣ-naṣṣ* agama). Epistemologi atau teori ilmu pengetahuan adalah teori pengetahuan yang membahas secara mendalam segenap proses yang terlihat dalam usaha memperoleh pengetahuan. Yudian Wahyudi, *Ushul Fikih versus Hermeneutika* (Yogyakarta: Nawesea Press, 2007), hlm. 44-47.

Kepentingan sekunder adalah kepentingan-kepentingan yang diperlukan dalam kehidupan manusia, agar hidup manusia tidak mengalami kesulitan. Yaitu kepentingan yang kalau tidak dipenuhi tidak akan merusak kehidupan manusia, namun akan mendatangkan kesulitan dalam kehidupan mereka. Umpamanya puasa akan menyulitkan bagi orang yang sedang berpergian atau orang sakit, oleh karena itu dibolehkan untuk tidak berpuasa, atau untuk memenuhi kebutuhan hidup, manusia dibolehkan untuk berburu binatang di hutan, menangkap ikan di laut atau di sungai. Selanjutnya untuk keperluan hidupnya, manusia diberi aturan tentang jual beli, demikian juga apabila perkawinan tidak harmonis, maka dibolehkan perceraian.

Kepentingan tertier adalah kepentingan-kepentingan yang apabila tidak dipenuhi, tidak akan mengakibatkan kesulitan hidup, apalagi akan merusakkannya. Misalnya memakai pakaian atau kendaraan yang bagus dan indah, menghindari hal-hal yang tercela dan sebagainya. Terpenuhinya tiga kepentingan di atas akan menyempurnakan kehidupan manusia. Manusia yang bisa memenuhi kepentingan primer, maka kehidupannya tidak akan mengalami kehancuran. Sedangkan apabila mereka bisa memenuhi kepentingan sekunder, kehidupan mereka tidak akan mengalami kesulitan. Selanjutnya apabila kepentingan tertier mereka terpenuhi, maka mereka akan mengalami kesempurnaan dalam hidupnya. Dengan kata lain, kepentingan yang termasuk tertier (*at-tahsīniyyat*) menyempurnakan yang sekunder (*al-ḥājiyyāt*), dan kepentingan sekunder (*al-ḥājiyyāt*) menyempurnakan yang primer (*aḍ-ḍarūriyyāt*). Kepentingan *aḍ-ḍarūriyyāt* merupakan tujuan hukum Islam.

Dengan demikian, maka jelaslah bahwa tujuan diturunkannya syariat (hukum) Islam adalah untuk kepentingan kebahagiaan, kesejahteraan, dan keselamatan umat manusia di dunia dan akhirat

kelak. Manusia yang melaksanakan agama dengan benar akan merasakan kebahagiaan dalam hidupnya, demikian juga sebaliknya, apabila manusia tidak melaksanakan petunjuk Tuhan sebagaimana terdapat dalam wahyu-Nya, maka ia tidak akan merasakan kebahagiaan, baik dalam kehidupan di dunia maupun kehidupan di akhirat.

Untuk memelihara yang lima tersebut, terdapat aturan-aturan yang tersusun berdasarkan skala prioritas: bersifat pokok (*ḍarūriyyāt*), bersifat kebutuhan (*ḥājiyyāt*), dan bersifat keutamaan (*taḥsīniyyāt*).²⁷

Kelima hal tersebut di atas, masing-masing terbagi dalam tiga tingkatan. Tingkat yang pertama didahulukan daripada yang kedua dan ketiga, dan yang kedua didahulukan daripada yang ketiga. Yang pertama adalah *ḍarūriyyāt*, kemudian *ḥājiyyāt*, dan terakhir *taḥsīniyyāt*.

Dari uraian di atas, tampak bahwa aturan-aturan yang bersifat *ḍarūriyyāt* dimaksudkan untuk menegakkan kehidupan manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Adapun aturan-aturan yang bersifat *ḥājiyyāt* ditujukan untuk menghilangkan kesulitan karena hukum Islam tidak menghendaki kesulitan yang tidak wajar. Selain itu, hukum Islam pun tidak menginginkan kesempitan dalam hidup manusia, yang pada hakikatnya diciptakan dalam keadaan lemah. Sementara itu, aturan-aturan yang bersifat *taḥsīniyyāt* diarahkan untuk mengendalikan kehidupan ini, agar selalu serasi dengan akhlak yang baik dan pola pergaulan sosial yang terpuji.

Adapun aspek filosofis (*falsafat at-tasyrīʿ*), aspek metodologis (*ṭuruq al-istinbāt*), teoretis (*naẓariyah al-fiqhiyyah*), dan *siyāsah*

²⁷ Baca Ishaq Asy-Syāṭibi, *al-Muwāfaqāt fi Uṣūl asy-Syarīʿah*, (Beirut: Dār al-Maʿrifah, t.th.). Juga Yudian Wahyudi, *Maqasid Syariah dalam Pergumulan Politik*, (Yogyakarta: Nawasea, 2007).

syar'iyah yang bersifat teknis dan aplikatif sesuai dengan kondisi dan situasi yang dihadapi. Pengejawantahannya di dalam ilmu hukum Islam lebih banyak mengarah kepada falsafah hukum Islam, Ushul Fikih, *qawāid al-fiqh*, teori hukum Islam dalam pelbagai bidang hukum, serta kearifan dalam penerapan hukum Islam.²⁸

2. Perspektif Hukum Pidana Islam dalam Teori Syariah

Berbeda dengan hukum positif, hukum Islam tidak membedakan secara jelas antara hukum perdata dengan hukum publik. Ini disebabkan karena menurut sistem hukum Islam, pada hukum perdata terdapat segi publik dan pada hukum publik ada segi perdatanya. Oleh sebab itu, dalam hukum Islam kedua bidang hukum itu tidak dibedakan, yang disebutkan hanyalah bagiannya saja, seperti: *munākahah*, *warāṣah*, *mu'āmalat* dalam arti khusus, *jināyah* atau *al-'uqūbah*, *al-aḥkām as-sultāniyyah*, *siyar*, dan *mukhāsamah*.

Hukum pidana Islam sering disebut dalam fikih dengan istilah *jināyah* atau *jarimah*. *Jināyah* dalam istilah hukum sering disebut dengan delik atau tindak pidana. *Jināyah* merupakan bentuk verbal *noun* (*maṣdar*) dari kata *jana*. Secara etimologi *jana* berarti berbuat dosa atau salah, sedangkan *jināyah* diartikan perbuatan dosa atau perbuatan salah.²⁹ Secara terminologi kata *jināyah* mempunyai beberapa pengertian, seperti yang diungkapkan oleh 'Abd al-Qadir Awdah bahwa *jināyah* adalah perbuatan yang dilarang oleh syara' baik perbuatan itu mengenai jiwa, harta benda, atau lainnya.³⁰

²⁸ Yudian Wahyudi, *Ushul Fikih*, hlm. 45-46. Juga Rachmat Jatmika, "Jalan Mencari Hukum Islami: Upaya ke Arah Pemahaman Metodologi Ijtihad" dalam Amrullah Ahmad dkk., *Dimensi Hukum*, hlm. 105-106.

²⁹ Luwis Ma'luf, *Al-Munjid* (Beirut: Dar al-Fikr, 1954), hlm. 88.

³⁰ Abd al-Qadir Awdah, *At-Tasyrī' al-Jinā' al-Islāmi*, (Beirut: Dar al-Kutub, 1963), 1: 637.

Menurut A. Jazuli, pada dasarnya pengertian dari istilah *jināyah* mengacu kepada hasil perbuatan seseorang. Biasanya pengertian tersebut terbatas pada perbuatan yang dilarang. Di kalangan fuqaha, perkataan *jināyāt* berarti perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syara'. Meskipun demikian, pada umumnya fuqaha menggunakan istilah tersebut hanya untuk perbuatan-perbuatan yang mengancam keselamatan jiwa, seperti pemukulan, pembunuhan dan sebagainya. Selain itu, terdapat fuqaha yang membatasi istilah *jināyāt* kepada perbuatan-perbuatan yang diancam dengan hukuman *hudud* dan *qīṣaṣ*, tidak termasuk perbuatan yang diancam dengan *ta'zir*. Istilah lain yang sepadan dengan istilah *jināyāt* adalah *jarimah*, yaitu larangan larangan syara' yang diancam Allah dengan hukuman *had* atau *ta'zir*.³¹

Sebagian fuqahamenggunakan kata *jināyāt* untuk perbuatan yang berkaitan dengan jiwa atau anggota badan, seperti membunuh, melukai dan lain sebagainya. Dengan demikian, istilah *fiqh jināyāt* sama dengan hukum pidana. Haliman menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan hukum pidana dalam syariat Islam adalah ketentuan-ketentuan hukum syara' yang melarang untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu, dan pelanggaran terhadap ketentuan hukum tersebut dikenakan hukuman berupa penderitaan badan atau harta.³²

³¹ A. Jazuli, *Fikih Jinayah: Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, (Jakarta: Rajawali Press, 1997), hlm. 2.

³² Penderitaan badan dan benda di sini mengecualikan *jarimah diyat* (denda), karena pada suatu saat benda karena *diyat* tidaklah dibebankan kepada pelanggarnya, tetapi bisa kepada kaum kerabatnya yang bertanggung jawab kepadanya yang dinamakan *aqilah* atau bisa juga denda itu dibebankan kepada perbendaharaan negara (*ba'it al-māl*) pada kondisi pelaku jarimah tidak mampu. Sebagai contoh pembunuhan yang dilakukan karena kesalahan (*khata'*). Baca Haliman, *Hukum Pidana Syariat Islam Menurut Ajaran Ahlus Sunnah*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1971), hlm. 64. Juga Makhruh Munajat, *Dekonstruksi Hukum Pidana Islam*, (Yogyakarta: Logung, 2004), hlm. 2. Juga Makhruh Munajat, *Hukum Pidana Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Pokja Akademik UIN Sunan Kalijaga, 2008), hlm. 2.

Dari berbagai batasan mengenai istilah *jināyah* di atas, maka pengertian *jināyah* dapat dibagi ke dalam dua jenis pengertian, yaitu: pengertian luas dan pengertian sempit. Klasifikasi pengertian ini terlihat dari sanksi yang dapat dikenakan terhadap *jināyah*.

1. Dalam pengertian luas, *jināyah* merupakan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syara' dan dapat mengakibatkan hukuman had atau ta'zir.
2. Dalam pengertian sempit, *jināyah* merupakan perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syara' dan dapat menimbulkan hukuman had, bukan ta'zir.³³

Macam-macam Jarimah

Macam macam tindak pidana (*jarimah*) dalam Islam dilihat dari berat ringannya hukuman dibagi menjadi tiga, yaitu hudud, qis as, diyat dan ta'zir.

1. Jarimah Hudud

Had (*ḥudūd*) secara etimologis mempunyai banyak arti, yaitu balasan sesuatu (*منتهى الشيء*) sesuatu yang telah ditentukan (*الممنوع*), larangan (*العقوبة*), dan marah (*الغضب*).³⁴

Sedangkan pengertian secara terminologis adalah:

الحد هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد ومعنى أنها حق الله تعالى وأنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة³⁵

Artinya: Had (*ḥudūd*) adalah hukuman yang telah ditentukan sebagai hak Allah swt. Dan arti 'uqūbah muqaddarah adalah bahwa

³³ A. Jazuli, *Fikih Jinayah*, hlm. 2.

³⁴ Lowis Ma'luf, *Al-Munjid*, hlm. 631.

³⁵ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyrī'*, I, hlm. 79.

hukuman telah dibatasi, ditentukan, tidak ada hukuman itu batasan terendah dan batasan tertinggi. Artinya, bahwa hukuman itu adalah hak Allah swt., dan bahwa hukuman itu tidak bisa digugurkan oleh individu-individu dan tidak pula oleh jamaah (kelompok).

Menurut penulis, hukuman yang termasuk hak Tuhan ialah setiap hukuman yang dikehendaki oleh kepentingan umum (masyarakat), seperti untuk memelihara ketenteraman dan keamanan masyarakat, dan manfaat penjatuhan hukuman tersebut akan dirasakan oleh keseluruhan masyarakat. Para ulama sepakat bahwa yang menjadi kategori dalam *jarimah hudud* ada tujuh, yaitu zina, menuduh zina (*qazaf*), mencuri (*sirg*), perampok dan penyamun (*hirābah*), minum-mnuman keras (*syurbah*), dan murtad (*riddah*).³⁶

2. Jarimah qisas diyat

Qisas secara etimologis adalah balasan dan perbuatan yang sama seperti yang seseorang perbuat (*جأره وفعل به مثل مافعل*). Sedangkan pengertian *diyat* secara etimologis adalah denda.³⁷

Sedangkan pengertian *qisas* dan *diyat* secara terminologis adalah:

جرائم القصاص و الدية وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقاً للأفراد، ومعنى أنها مقدرة وإن لها حد واحد فليس لها حداً على وحد ادنى تتراوح بينهما، ومعنى أنها حق للأفراد. إن للمجنى عليه أن يعفو عنها إذا شاء فإذا عفا اسقط العقوبة³⁸

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Lowis Ma'luf, *Al-Munjid*, hlm. 631.

³⁸ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyrī'*, I:79.

negara yang berpenduduk mayoritas muslim maka wajar jika ada tuntutan pemberlakuan sebagian hukum Islam dengan segala variasinya.

B. Urgensi Pidana dalam Hukum Pidana Islam

Kejahatan ada di dunia ini bersama-sama dengan adanya manusia. Kehendak untuk berbuat jahat *inherent* dalam kehidupan manusia. Di sisi lain, manusia ingin hidup secara tenteram, tertib, damai, dan berkeadilan. Artinya, tidak diganggu oleh perbuatan jahat.⁴⁹

Kejahatan merupakan problem universal. Tidak ada satu negara pun yang tidak berhadapan dengan masalah ini. Kriminalitas juga sangat meresahkan masyarakat dan menimbulkan kerugian yang sangat besar bagi individu, masyarakat, maupun pemerintah. Di antara kejahatan-kejahatan itu, sebagian, tergolong sangat serius dan mendapat perhatian yang mendalam dari semua sistem peradilan pidana, seperti kejahatan terhadap nyawa dan tubuh, kejahatan terhadap harta kekayaan (baik dengan kekerasan maupun tidak), dan kejahatan terhadap seksualitas (terutama perkosaan).

Upaya-upaya manusia untuk mengurangi kejahatan telah dilakukan, baik yang bersifat preventif maupun represif. Karena itu, kemampuan suatu sistem peradilan pidana dalam menanggulangi kejahatan atau menekannya serendah mungkin sangat didambakan oleh masyarakat. Dalam konteks ini, di dunia yang terdiri dari ratusan negara, terdapat negara-negara dengan tingkat kejahatan yang sangat rendah. Freda Adler menyebutnya sebagai *Nations not Obsessed with Crime*. Satu dari negara yang masuk daftar Adler adalah Arab Saudi.⁵⁰

⁴⁹ A. Jazuli, *Fikih Jinayah*, hlm. v.

⁵⁰ Lihat dalam Freda Adler, *Nations not Obsessed with Crime*, (Colorado: Fred B. Rothman and Co, 1983), hlm. 5.

Ada skeptisisme dari para ilmuwan Barat terhadap rendahnya angka kejahatan di Arab Saudi. Mereka mengaitkan rendahnya angka kejahatan itu dengan kurang akuratnya (kurang dapat dipertanggungjawabkannya) pengumpulan data serta karena "kejamnya" hukuman yang dijatuhkan di sana.

Seorang ilmuwan Amerika Serikat bernama Sam S. Souryal yang semula termasuk kelompok ilmuwan yang skeptis dengan penerapan syariat Islam di Arab Saudi, setelah melakukan penelitian secara langsung ke negara ini, pada akhirnya justru melihat peran besar syariat Islam dalam membentuk *noncriminal society* di negara ini. Berikut akan dipaparkan bagaimana seorang ilmuwan Barat non-muslim mencoba menguak penerapan syariat Islam di salah satu negara dengan tingkat kejahatan sangat rendah di dunia, yaitu Arab Saudi.⁵¹

1. Pandangan Skeptisisme Barat terhadap Hukum Pidana Islam

Guru besar di Sam Houston State University, Houston, Texas, Amerika Serikat ini bukanlah seorang muslim. Ia menganut agama Nasrani. Semula, ia seperti kebanyakan ilmuwan Barat lainnya, skeptis terhadap rendahnya angka kejahatan di Arab Saudi.

Para pengkaji perbandingan kriminologi sering diingatkan tentang rendahnya tingkat kriminalitas di negara ini. Banyak di antara mereka menerima pendapat ini, tetapi menolak arti pentingnya dasar sistem penghukuman yang "mengerikan" yang secara total tidak diakui di dunia Barat sekarang, termasuk Souryal.⁵² Skeptisisme Souryal ini berkurang ketika mengetahui ada proyek besar pertama

⁵¹ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2003), hlm. 133.

⁵² Sebagian orientalis bahkan menganggap hukum pidana Islam sebagai produk hukum yang *out of date* dan dehumanis serta melanggar hak asasi manusia (HAM).

yang dilakukan oleh Sekretariat Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) pada tahun 1975 untuk mengetahui dimensi kriminalitas berbasis seluruh dunia. Dalam survei kejahatan dunia itu, angka-angka resmi dari 64 negara dikumpulkan dan diperbandingkan. Dalam survei itulah Arab Saudi secara mengejutkan berada dalam daftar *Nations not Obsessed with Crime*.

Souryal mendapat kesempatan langka untuk tinggal beberapa waktu di Arab Saudi dan beberapa negara Timur Tengah lainnya selama Desember 1983 hingga Maret 1984. Di sana, ia melakukan penelitian sosial, peradilan pidana, mengunjungi beberapa kota dan melakukan wawancara dengan banyak narasumber tentang hukum Islam. Ia juga menjumpai dan melakukan wawancara dengan petugas-petugas polisi, panitera dan orang-orang umum.⁵³

Hukum Islam, dalam pandangan Souryal, merupakan satu sistem hukum teokrasi (*Theocratic Legal System*) yang mendasarkan diri pada hukum-hukum Tuhan yang telah diwahyukan kepada Nabi dalam kitab Suci. Dalam hukum Islam, hanya ada satu pembuat hukum syariat yang merupakan perintah Tuhan untuk mengatur tingkah laku manusia dengan jalan memerintahkan, mengakui, atau melarang tingkah laku manusia.

Dalam Islam, hanya dengan ketundukan kepada kehendak Allah, keteraturan dan kedamaian dunia dapat dicapai. Lebih jauh lagi, diyakini bahwa hanya dengan harmonisasi kehendak manusia dengan kehendak Tuhan, aktualisasi kehidupan manusia yang sempurna dapat diraih di bawah pedoman yang mencakup semuanya. Sebaliknya, pemisahan kehidupan manusia ke dalam kehidupan agama dan kehidupan sekuler, dunia akhirat, spiritual

⁵³ Sam S. Sorval, "Religious Training as a Method of Social Control-The Effective of Shariah Law in the Development of a Non Criminal Society in the Kingdom of Saudi Arabia" dalam *Essays of Crime and Development* (Rome: UNICRI, 1990), hlm. 261.

material, adalah berlawanan dengan doktrin Islam karena penilaian manusia yang terbatas itu akan selalu tidak bisa mencapai rencana Tuhan dalam penciptaan.

Dalam Islam, agama dan perilaku berada pada kategori yang sama; keduanya seperti dua sisi pada satu mata uang. Tiap tingkah laku manusia mesti merefleksikan kehendak Tuhan, pada saat yang sama tingkah laku itu diatur oleh aturan-aturan-Nya. Semua tingkah laku manusia, dengan demikian menerima dimensi transenden.⁵⁴

Dalam pandangan Souryal, asumsi yang mendasari syariat adalah bahwa manusia tidak mampu memisahkan yang benar dan yang salah hanya dengan kekuasaan mereka. Atas dasar ini, petunjuk diberikan kepada manusia melalui para Nabi. Tuhan telah memberikan jalan yang lurus bagi manusia berdasarkan kedaulatan kehendak-Nya. Tugas abadi syariat adalah untuk menciptakan dan mempertahankan suatu kondisi keterikatan sosial yang dilakukan guna menjaga tetap baiknya keyakinan-keyakinan agama, organisasi sosial, dan tingkah laku yang baik.⁵⁵

Dibandingkan hukum pidana Barat yang penuh aturan dan mendetail (kaku), yang mengatur moralitas dengan penyebutan secara menyeluruh larangan-larangan, hukum syariat hanya menghadirkan satu "resume" aturan tentang perintah dan larangan yang harus memformulasi bekerjanya masyarakat yang baik dan praktek-praktek sosial yang penting. Secara teoretis, jika aturan-aturan terinternalisasi dalam jiwa umat Islam, akan menghasilkan suatu kesadaran moral kolektif yang dengan itu masyarakat dapat membedakan antara yang benar dan yang salah, mencegah tingkah laku kriminal, dan dapat merespons aktivitas kriminal.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 264-256.

⁵⁵ *Ibid*

Bagian utama dari hukum syariat yang berhubungan dengan kejahatan-kejahatan serius, pada dasarnya merupakan kitab undang-undang syariat. Kitab undang-undang ini secara nyata hadir dalam satu bagian khusus yang dikenal sebagai *hudūd* Allah atau batas-batas Tuhan.⁵⁶

Syariat Islam, menurut Souryal, ditujukan dan digunakan terutama sebagai instrumen moralisasi dan juga agen pencegahan (*preventive agent*). Lalu, bagaimana ia bisa efektif? Syariat efektif dengan penggunaan lima pendekatan: (1) syariat secara terus-menerus mendorong perbaikan individu dan menyucikan kesadarannya dengan ide-ide Islam yang tinggi dan moralitas yang luhur; (2) syariat dengan seimbang memperingatkan manusia untuk tidak melakukan kejahatan dan mengancam pelakunya dengan hukuman berat di dunia dan di akhirat; (3) syariat memerintahkan umat Islam untuk saling tolong menolong dalam kebaikan dan kesabaran dengan memberikan bimbingan, dorongan moral, dan pengajaran agama; (4) syariat mencegah kejahatan dengan menutup jalan yang dapat menyebabkan dilakukannya perbuatan itu. Sebagai contoh, melarang penggunaan minuman memabukkan dan minimalisasi kemungkinan pertemuan laki-laki/perempuan; dan (5) syariat mempersiapkan umat Islam, sebagai antisipasi kecenderungan moral manusia, dengan jalan membolehkan perkawinan di usia muda, membolehkan poligami secara terkontrol, dan mewajibkan bagi orang-orang yang mampu untuk mengeluarkan sebagian hartanya bagi orang-orang yang kurang beruntung (mewajibkan zakat).⁵⁷

Pelaksanaan hukuman seperti ini menekan keinginan kotor dan moral masyarakat yang buruk, serta secara alamiah mempunyai

⁵⁶ Ibid, hlm.265-266.

⁵⁷ Ibid., hlm. 266-267

pengaruh pada jiwadan ketaatan. Akan tetapi, dan mungkin juga sangat mengejutkan, karena sangat “dahsyatnya” hukuman-hukuman dalam hukum pidana Islam sangat jarang dijatuhkan karena ketatnya hukum pembuktian yang melindungi hak-hak manusia.⁵⁸

Bagi umat Islam, sumber utama pembelajaran sosial itu ada pada Al- Qur'an yang menjadi rujukan bagi kehidupan total seorang muslim. Syariat Islam yang bersumber pada Al-Qur'an, dipelajari secara langsung maupun tak langsung. Setiap hari, seorang muslim bertemu dengan kondisi Islam, mulai dari suara pertama yang ia dengar di waktu fajar, yaitu suara azan dan di waktu malam menjelang tidur ia juga mendengar panggilan untuk shalat.

Setiap muslim sejak kecil juga telah melihat suasana Islam, ketika melihat dan mengikuti orang tuanya shalat. Berbagai kesempatan untuk melakukan kejahatan juga ditekan seminimal mungkin di negara yang melaksanakan syariat Islam, seperti minuman memabukkan, tontonan yang tidak pantas (vulgar), larangan prostitusi, tayangan film porno, klub-klub yang menyediakan kemaksiatan, dan sebagainya. Sebaliknya, mendorong berbagai hal yang menunjang kedekatan pada kehidupan Islami, seperti mewajibkan tempat shalat di setiap kantor, pelajaran Islam di setiap sekolah, mendorong pernikahan dan sebagainya.

2. Efektivitas Pidanaan dalam Islam dan Hubungannya dengan Pidana Modern

Idealitas pidanaan dalam Islam yang tercantum dalam tujuan pidanaannya memberi gambaran yang kongkrit tentang manfaat pidanaan. Hal ini untuk mengatasi sifat yang berposisi

⁵⁸ Ibid

pada dimensi kebinatangan dan kemanusiaan.⁵⁹ Pada saat manusia tidak menggunakan panca inderanya, sifat kebinatangannya dapat muncul seketika bilamana emosinya tak terkendali, baik emosi kemarahan maupun emosi kegembiraan. Emosi kemarahan yang tak terkendali ini melahirkan kejahatan-kejahatan kemanusiaan.⁶⁰

Untuk mengantisipasi hal ini, konsep pemidanaan dalam Islam menawarkan sanksi pidana yang dapat mengendalikan kejahatan kemanusiaan itu. Pada tataran konseptual, pemidanaan dalam Islam dapat dikatakan menjerakan manusia. Ukuran efektivitas pemidanaan dalam Islam tidak dapat dinilai dengan keniscayaan lenyapnya kejahatan di muka bumi. Seandainya seluruh manusia insyaf dan memiliki kesadaran yang tinggi untuk tidak melakukan kejahatan, maka para penegak hukum tidak diperlukan lagi. Tetapi demikianlah, segala sesuatu diciptakan berlawanan dan berpasangan, karena hukum keseimbangan adalah *sumnatullah*. Ada baik ada buruk, ada sopan ada bejat, ada adil ada curang dan sebagainya. Pemidanaan dalam Islam bukan dimaksudkan untuk meniadakan kejahatan sama sekali, tetapi berusaha mengeliminir dan meminimalkan terjadinya kejahatan. Sudarto berpendapat bahwa ilusi berlaku apabila kejahatan diharapkan akan lenyap di muka bumi, dunia tidak akan bersih dari kejahatan. Bambang Purnomo menyatakan dunia ini akan ramai dengan kejahatan baik dalam arti *legal crime*, termasuk di dalamnya *factual crime* dan

⁵⁹ Dalam berbagai ayat Al-Qur'an menegaskan antara lain Q.S. al-A'raf (7): 179, ayat ini menegaskan bilamana manusia tidak menggunakan panca indera dapat disejajarkan dengan binatang bahkan lebih rendah daripada itu. Lihat Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, hlm. 251. Pada dimensi lain manusia disetarakan sebagai ciptaan yang baik dan suatu ketika ia berada pada posisi terendah seperti ditegaskan dalam Q.S. at-Tin (95): 4-5. *Ibid.*, hlm. 1076.

⁶⁰ Bandingkan Topo Santoso, *Membumikan*, hlm. 76.

undetected crime.⁶¹ Pernyataan tersebut membantah pandangan yang mendiskreditkan konsep penerapan hukum Islam termasuk pemidanaan dalam Islam sebagai tidak efektif. Syaiful Mujani misalnya dalam penelitiannya di negara Islam dan negara-negara mayoritas yang berpenduduk muslim (Arab Saudi, Pakistan, Iran, Sudan, Afganistan, Malaysia dan Indonesia)⁶² menyatakan bahwa negara yang menerapkan hukum Islam tidak membuat kemaslahatan publik menjadi lebih baik dibanding negara-negara yang tidak menerapkan hukum Islam. Tidak perlu dibandingkan dengan negara-negara demokrasi, cukup dengan dibandingkan negara-negara di Asia, Amerika Latin atau Eropa Timur. Jika ada pendapat yang mengklaim bahwa angka kriminalitas yang rendah terjadi karena pemberlakuan hukum Islam, maka klaim ini harus diuji secara empirik.⁶³ Lebih lanjut Syaiful Muzani berpendapat bahwa walaupun tingkat kriminalitas di suatu negerirendah, maka hal itu terkait dengan watak rezim otoritarian seperti halnya dapat ditemukan di negara-negara otoritarian; Singapura, negara-negara komunis dan lain-lain.⁶⁴

Berbanding terbalik dengan pernyataan Syaiful Muzani, Topo Santoso menemukan data bahwa tingkat kejahatan di Arab Saudi

⁶¹ Lihat Bambang Purnomo dalam Syaiful Islam, *Prinsip-Prinsip Otonomi Daerah dalam Pemerintahan Negara Islam*, (Jakarta: Pustaka Pajimas, 2002), hlm. 86.

⁶² Data yang diteliti oleh Syaiful Muzani adalah data 1971-2000 untuk indikator kemaslahatan publik. Data tahun 1973-2000 untuk indikator kebebasan sipil. Lihat Syaiful Muzani dalam Burhanuddin (ed.), *Syariat Islam Pandangan Muslim Liberal*, (Jakarta: The Asia Fondation dan Jaringan Islam Liberal, 2003), hlm. 48-50.

⁶³ Lihat Syaiful Muzani dalam Burhanuddin (ed.), *Syariat Islam*, hlm. 26-27. Sayangnya dalam tulisan Syaiful Muzani itu tidak diketengahkan hasil penelitian Kriminalitasnya. Penelitiannya menekankan pada lima indikator, yakni pertumbuhan ekonomi, pemerataan hasil pertumbuhan tersebut, tingkat pendidikan, harapan hidup dan perlindungan bagi setiap warga sebagai perwujudan kemaslahatan bagi warga. *Ibid.*, hlm. 21.

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 27.

dibandingkan dengan negara lainnya terdapat perbedaan yang cukup drastis, khususnya kejahatan terhadap jiwa (pembunuhan), kejahatan terhadap harta dan kejahatan seksual.⁶⁵ Bila dibandingkan angka kejahatan di Arab Saudi dengan angka kejahatan beberapa negara muslim yang tidak menerapkan konsep pemidanaan dalam Islam seperti Suriah, Mesir, Libanon, Kuwait dan lain-lain, ternyata perbandingannya sangat jauh. Kejahatan-kejahatan di negeri yang tidak menerapkan pemidanaan dalam Islam lebih besar jumlahnya dibandingkan dengan Arab Saudi yang menerapkan konsep pemidanaan dalam Islam. Dengan jumlah penduduk 11 juta jiwa hingga tahun 1979 untuk Arab Saudi dan Suriah tetapi tingkat kejahatan sangat jauh berbeda yakni rata-rata setiap sepuluh tahun untuk Arab Saudi hanya terjadi 53 kasus, sedangkan Suriah mencapai 403 kasus kejahatan. Bandingkan dengan Kuwait dengan dua juta penduduk tahun 1979 jumlah kasus kejahatan rata-rata setiap sepuluh tahun adalah 61 kasus.⁶⁶

Dua kecenderungan data ini merefleksikan hasil temuan yang berbeda variabelnya. Sikap otoriter pemerintahan Kerajaan Arab Saudi tidak dapat dikatakan sebagai tidak demokratis. Di dunia ini tidak ada satu negara pun yang memegang prinsip demokratis

⁶⁵ Lihat Topo Santoso, *Membumikan*, hlm. 138

⁶⁶ Walaupun demikian masih ada pertanyaan yang besar dalam hal hukum pidana Islam yaitu mengapa dalam kenyataannya sekarang hukum pidana Islam di hampir semua negara Islam tidak dapat menjadi sistem hukum yang hidup? Terkecuali Arab Saudi, mengapa negara-negara Islam di dunia tidak berhasil mengaplikasikan sistem hukuman pidana sebagaimana yang ditetapkan oleh Al-Qur'an dan Sunnah? Secara garis besar, dalam masyarakat muslim saat ini terdapat dua kelompok yang pro dan kontra dalam pandangan mengenai sistem hukum pidana Islam. Kelompok yang pro terhadap sistem hukum ini menuduh kelompok lain yang menjadi lawannya sebagai pihak yang sudah luntur imannya, mengabaikan syariah Islam dan terpengaruhi oleh kerangka berpikir barat, sedangkan kelompok yang kontra selalu menyebut yang pro sebagai ketinggalan zaman, sempit pikiran, dan bahkan juga barbar. Lihat Ratno Lukito, *Hukum Islam & Realitas Sosial*, (Yogyakarta: Fak. Syari'ah UIN Sunan Kalijaga, 2008), hlm. 128.

secara utuh dalam praktik, sekalipun dalam konsep teoretisnya demikian ideal. Sebagai ilustrasi, sikap Amerika Serikat kepada negara-negara lain dan sikap George W. Bush (Presiden AS) yang tetap mengirim dan menambah pasukan di Irak, menentang suara demokrasi (mayoritas) dari Partai Demokrat. Pemaknaan otoriter harus dimaksudkan sebagai tekanan secara psikologis, mental dan fisik terhadap seseorang atau kelompok masyarakat. Kalau tekanan seperti ini tidak dirasakan masyarakat, maka tidak dapat dikategorikan sebagai otoritarianisme.

Arab Saudi, Brunei Darussalam dan negara Timur Tengah lainnya termasuk dalam kelompok negara yang makmur dari segi ekonomi. Kesejahteraan rakyat dalam bidang ekonomi dan terpenuhinya rasa keadilan hukum pada dasarnya dapat mengeliminir tindakan masyarakat yang menentang penguasa atau negara. Rendahnya tingkat kriminalitas suatu daerah seperti negara Islam tidak semata-mata tergantung pada pemberlakuan konsep pemidanaan dalam Islam. Hal itu sangat berkaitan dengan faktor-faktor lain yang turut mempengaruhi berupa kesejahteraan rakyat, rasa keadilan dan lain-lain.

Penerapan sanksi pidana Islam tidaklah harus menunggu keadaan negara menjadi mapan. Pertimbangan-pertimbangan itu dapat dilakukan pada negara-negara yang plural dari segi agama. Di sini, berbagai faktor harus diperhitungkan sehingga penerapannya dilakukan secara bertahap. Pada negara-negara yang menetapkan Islam sebagai landasan konstitusi, maka penerapan pidana Islam sangat memungkinkan pemuatannya dalam KUHP secara langsung, tak perlu bertahap.

Indikator efektivitasnya sanksi pidana dapat dilihat dari rendahnya angka kejahatan pada suatu negara. Kondisi ini belum tampak di Indonesia. Peningkatan kuantitatif penghuni Lembaga

Pemasyarakatan (Lapas) dan Rumah Tahanan (Rutan) memperoleh kontribusi dari lembaga administrasi di pengadilan dalam menyampaikan berkas vonis yang sudah berkekuatan hukum tetap. Demikian juga lambatnya proses peradilan dan proses, persidangan suatu kasus pidana membebani anggaran negara. Pelaku kejahatan jalanan dengan ancaman pidana rendah harus masuk dalam proses peradilan pidana. Di penjara terpidana lebih mudah mendapatkan uang dibanding di luar penjara, sehingga lebih baik masuk penjara lagi dengan melakukan tindak pidana.⁶⁷

Model penjara dengan sistem pemasyarakatan diperlukan untuk beberapa tindak pidana, antara lain: tindak pidana pembunuhan tidak sengaja, penganiayaan tidak sengaja dan kejahatan ringan lainnya, tetapi dapat juga diterapkan pidana cambuk. Apabila seluruh tindak pidana menawarkan pidana penjara sebagai sanksinya, maka hal ini akan membebani anggaran belanja negara dalam membangun Rutan dan Lapas, menyiapkan fasilitas perkantornya, biaya makan dan kesehatan terpidana.

Upaya sebagian ahli hukum yang bermaksud meniadakan pidana mati sebagai bagian dari pidana pokok akan menambah beban keuangan negara. Padahal tindak pidana yang membahayakan dan menyalakan nyawa manusia secara sengaja selayaknya mendapatkan pidana mati. Berkaitan dengan efektifitas pidana penjara, khususnya belajar dari kasus Indonesia, bukanlah sanksi pidana yang seutuhnya berfungsi preventif, kuratif, rehabilitatif, dan edukatif. Menurut Undang-undang No. 12 tahun 1995 tentang Lembaga Pemasyarakatan, ada beberapa prinsip pembinaan tahanan dan narapidana, yaitu: *pertama*, narapidana bukan saja objek

⁶⁷ Mulyana W. Kusumah menggambarkan pengalaman ini setelah mendengar, membaca dan mengamati suasana di Lapas dan Rutan tempat ia dipenjara, lihat Mulyana W. Kusumah, Rutan dan Penjara Kita, *Media Indonesia* 28 Maret 2006, hlm. 14.

melainkan juga sebagai subjek yang tidak berbeda dengan manusia lain.⁶⁸ Hal-hal yang harus dibasmi adalah perbuatannya yang bertentangan dengan hukum, kesusilaan, agama dan kewajiban-kewajiban sosial lainnya yang dapat dikenakan pidana. *Kedua*, lembaga pemasyarakatan sebagai ujung tombak pelaksanaan pengayoman melalui pendidikan, rehabilitasi dan reintegrasi.⁶⁹ Berubahnya model pemenjaraan menjadi model pemasyarakatan, pada satu sisi memberi manfaat pada tujuan pemidanaan, utamanya pada tindak pidana tertentu. Pelaksanaan pemasyarakatan sebagai bentuk sanksi pidana dalam kategori ini harus memenuhi kriteria. Kriteria-kriteria pemasyarakatan antara lain penyiapan sarana dan prasarana berupa Lapas dan Rutan yang memenuhi standar kemanusiaan, menciptakan aparat Lapas dan Rutan yang bersih, penganggaran yang secukupnya dan penegakan hukum.⁷⁰

Apabila kriteria pengadaan lembaga pemasyarakatan tidak terpenuhi, memungkinkan terjadinya dampak negatif pada

⁶⁸ Penekanan narapidana sebagai objek diberlakukan sejak 1917 hingga sistem pemenjaraan tahun 1966. Narapidana sebagai objek diperlakukan lebih rendah dari manusia lain. Eksistensinya sebagai manusia kurang dihargai. Narapidana tidak diberi pembinaan, tetapi tenaganya sering digunakan untuk kepentingan penjara. Sistem pemenjaraan yang dibawa oleh kolonial Belanda ke Indonesia dan diterapkan atas dasar Statblad 1917 Nomor 708 tentang *Gestichten Reglement* (Reglemen Penjara), penuh dengan nuansa kolonial. Sistem pemasyarakatan dimulai sejak 1966 yang diawali ketika Sahardjo memperkenalkan sistem pemasyarakatan pada tanggal 27 April 1964 di depan konferensi Dinas Kependidikan di Lembang. Sistem pemasyarakatan memandang narapidana sebagai subjek dengan menekankan faktor manusia. Dalam sistem pemasyarakatan, eksistensi manusia lebih ditonjolkan, harga diri lebih dibangkitkan, didudukkan sejajar dengan manusia lain. Narapidana dibina sebagai objek untuk dapat beradaptasi dengan masyarakat berdasarkan perangai yang baik. Perlakuan narapidana sebagai subjek dan objek sekaligus dalam satu-kesatuan. Objek dalam pengertian binaan, lihat C.I. Harsono HS, *Sistem Baru Pembinaan Narapidana* (Jakarta: Jambatan, 1995), hlm. 1, 6 dan 18-19.

⁶⁹ Lihat Departemen Kehakiman dan HAM RI., UU No 12 tahun 1995 tentang Lembaga Pemasyarakatan dan lihat juga Mulyana W. Kusumah dalam *Media Indonesia*, hlm. 14.

⁷⁰ Bandingkan *Media Indonesia*, 28 Maret 2006, hlm. 14.

pelaksanaan pidana penjara melalui Lapas dan Rutan. Penetapan pidana penjara sebagai satu-satunya pidana pokok dapat berakibat pada daya tampung Rutan dan Lapas yang terbatas.

Tingginya angka kriminalitas berkaitan dengan problem ekonomi rakyat dapat berpengaruh pada meningkatnya penghuni Lapas dan Rutan, jika tidak diimbangi dengan penerapan sistem pemidanaan yang lebih efektif dan cara-cara lain seperti pengaturan kependudukan. Akibatnya penjara penuh sesak, kondisinya tidak manusiawi, praktik pemerasan sesama narapidana, bentrokan, kolusi antara narapidana dengan petugas penjara, jatah makan dan kesehatan yang sangat minim, perdagangan narkoba, homoseks dan pelecehan seksual, narapidana mendapat penghasilan sebagai pembuka blok untuk menjual kamar kepada narapidana baru dan hasilnya disetor kepada oknum petugas, belajar menjadi bandar narkoba.⁷¹ Inilah kelemahan-kelemahan yang ditemukan dalam praktik pidana penjara di Indonesia, bilamana seluruh tindak pidana hanya diancam dengan pidana penjara sebagai pidana pokok. Pada akhirnya pelaku-pelaku kejahatan bukannya jera meninggalkan

⁷¹ Daya tampung Lapas dan Rutan di Jakarta seperti Lapas Cipinang sangat memprihatinkan. Keadaan tanggal 20 Maret 2006 daya tampungnya mencapai 11700 orang yang seharusnya hanya dihuni 1500 orang. Keadaan ini meningkat setiap tahunnya. Pada tahun 2003 jumlah narapidana sebanyak 2352 orang, tahun 2004 mencapai 2886 orang dan tahun 2005 menerobos angka 3595 orang. Padahal seharusnya satu sel hanya dihuni tujuh orang tetapi kenyataannya dihuni 25-30 orang. Satu narapidana seharusnya menempati kamar ukuran 2 x 2,7 m. Di Lapas Cipinang kamar 4 x 8 m dihuni lima orang atau lebih. Lihat *Media Indonesia*, hlm. 13. Secara nasional, jumlah Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS) dan Rumah Tahanan Negara (RUTAN) mencapai 421 buah dengan rincian: 221 buah LAPAS dan 200 RUTAN. Maksimal daya tampung seluruh LAPAS dan RUTAN yang ada 80.000 narapidana/tahanan. Keadaannya hingga Juni 2007 melampaui kapasitas yaitu 134.448 orang yang terdiri atas narapidana 77.595 orang, tahanan 54.268 orang dan narapidana anak 2.585 orang. Biaya makan mencapai 10.000/orang per kali makan, belum termasuk dana kesehatan dan lain-lain. Data ini diperoleh dari bagian registrasi dan keuangan Ditjen Pemasyarakatan Departemen Hukum dan HAM RI dan dari Untung Soegiyono, Ditjen Pemasyarakatan Departemen Hukum dan HAM RI.

tindakan kejahatannya tetapi justru menjadi residivis (penjahat kambuhan). Harus diakui bahwa model pemasyarakatan sebagai bentuk pidana penjara sebagiannya dapat tercapai sesuai dengan tujuan pemidanaan. Tetapi sebagian lainnya menganggap Lapas dan Rutan sebagai tempat yang tepat untuk mencari uang dibanding dengan berada di luar Lapas dan Rutan.⁷²

Konsep pemidanaan dalam Islam hanya menekankan sekurang-kurangnya enam bentuk tindak pidana yang harus dikenakan sanksi pidana. berdasarkan ketentuan hukum Islam yaitu pembunuhan sengaja, penganiayaan sengaja, zina, tuduhan palsu zina, mencuri dan merampok. Keenam bentuk tindak pidana itu disepakati para ulama. Sedangkan untuk tindak pidana lainnya, yang justru lebih banyak jumlahnya dapat ditetapkan dengan sanksi pidana yang dianggap efektif oleh penguasa.

Berdasarkan fakta-fakta tersebut, kiranya tepatlah bilamana jenis-jenis pemidanaan dalam Islam menjadi alternatif konsep pemidanaan dalam draft RUU KUHP. Mengakomodir masuknya tindak pidana pencurian, perampokan, prostitusi (zina), tuduhan palsu, minum alkohol dengan menerapkan sanksi pidana amputasi tangan dan/atau kaki, pidana cambuk, dan pidana mati dengan rajam, salib (gantungan), pancung, listrik, dan tembak atau pidana *qisas*. Jenis-jenis pemidanaan ini lebih efektif dibanding jika tindak pidana tersebut dikenakan pidana penjara. Biaya yang besar pada praktik pidana penjara yang diterapkan di Indonesia sangat membebani keuangan negara yang seharusnya digunakan untuk mengentaskan kemiskinan dan memberi bantuan modal bagi para pengangguran yang terampil. Dewasa ini sulit ditemukan hukum yang memberi kepastian, yang mampu menjadi rahmat bagi seluruh alam, mampu memberikan perbaikan bagi individu,

⁷² Lihat kembali *Media Indonesia*, hlm. 13.

perlindungan bagi kelompok, dan memelihara tertib aturan hukum bermasyarakat. Hukum. Alangkah sempurna bila hukum sudah mampu menembus nuansa keagungan hukum Allah yang legal akidah tauhidnya. Hukum pidana ciptaan manusia yang berdimensi legal pluralisme, bentuk sanksi dan pola pembedaannya belum mampu memberikan rahmat bagi masyarakat luas, belum mampu menjadi alat perbaikan individu atau perlindungan bagi kelompok sebagai aturan hidup bersama.⁷³

Efektivitas pembedanaan dalam Islam ini dicontohkan oleh diplomat Arab Saudi kepada diplomat Amerika Serikat bahwa di Arab Saudi bisa menjalankan kendaraan dengan membawa emas murni dari Madinah ke Riyadh sepanjang 1500 km tanpa merasa takut kepada siapapun. Pada zaman Raja Abdul Aziz sebelum ditemukan tambang minyak di Arab Saudi, semua masyarakat dunia tahu bahwa rombongan jamaah haji selalu menjadi sasaran empuk kawanan perampok. Mereka dibunuh setelah diambil hartanya. Ketika sanksi hudud diterapkan kekhawatiran dan ketakutan yang mereka rasakan berubah menjadi keamanan dan ketenteraman. Pemerintah Arab Saudi berhasil menangkap tiga orang perampok itu dan dijatuhi sanksi pidana hudud pada hari Jum'at yang disaksikan seratus ribu jamaah haji.⁷⁴

Penerapan pidana cambuk bagi pelaku tindak pidana judi di Provinsi Nangroe Aceh Darusalam (NAD), khususnya di Kabupaten Bireuen kini menurun drastis. Ketua Forum Masyarakat Berantas Judi Buntut-Togel (BJB-T) NAD, Tarmidzi H.A. Hamid menyatakan hal itu pada 17 Juli 2005 bahwa: "Saya melihat warga yang dulu bermain judi buntut dan togel secara terang-terangan di

⁷³ Syaiful Islam, *Prinsip-prinsip Otonomi Daerah dalam Pemerintahan Negara Islam* (Jakarta: Pustaka Panjimas, 2002), hlm. 86-87

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 87-88.

pusat kota, kini pemandangan tersebut hampir tidak ditemukan lagi. Daerah Bireuen merupakan salah satu daerah yang dikenal marak permainan judi buntut dan togel, baik di ibu kota kabupaten maupun di kecamatan. Omzetnya mencapai 10 juta rupiah setiap hari yang dibuka dua kali sehari (siang dan malam). Saya pikir antara 70-80 persen sudah berkurang dibanding sebelum diterapkan pidana cambuk". Realitas ini dapat menjadi indikasi efektivitas konsep pembedanaan dalam Islam pada tindak pidana tertentu dibanding dengan pidana penjara untuk seluruh bentuk tindak pidana dilihat dari nilai jera dan beban anggaran.

Kecenderungan sebagian kalangan mengklaim konsep pembedanaan dalam Islam sebagai ketinggalan zaman dengan berbagai penilaian yang tidak obyektif, tidaklah proporsional. Kehendak untuk menerapkan konsep pembedanaan modern terkait dengan kemajuan Iptek dan perubahan zaman yang dikembangkan para pemikir Eropa, sejatinya baru dimulai awal abad ke-19 Masehi yang dipelopori oleh Cesare Lambrosso (1835-1909).⁷⁵

⁷⁵ Konsep pidana modern lahir sebagai akibat kegagalan pidana klasik memenuhi fungsinya untuk menciptakan kesejahteraan masyarakat. Pidana klasik ketika itu berfungsi sebagai sosial kontrol terhadap pelanggaran norma hukum dalam masyarakat dan tidak diperkenankan untuk campur tangan yang lebih dalam terhadap kehidupan masyarakat, dengan menekankan pada kehidupan yang penuh persaingan bebas, alam liberalisme yang melahirkan struktur masyarakat kapitalisme. Keadaan ini menciptakan ketimpangan ekonomi yang melahirkan kelompok masyarakat miskin, tidak bermodal dan hanya mengandalkan tenaganya untuk bekerja. Situasi ini menimbulkan pertentangan antara orang kaya dengan orang miskin. Kejahatan terjadi akibat ketidakadilan sosial. Kata W.A. Bonger pencurian terjadi karena kesengsaraan dan keputusan untuk mempertahankan hidup dan memperoleh nafkah terpaksa melakukan kejahatan. Pidana klasik melihat manusia digolongkan sebagai manusia jahat yang penuh rasio, sehingga perhatian hukum pidana dalam kurun waktu itu adalah terjadinya pelanggaran (tindak pidana), tanpa menghiraukan keadaan diri individu dan segala sesuatu yang terkait dengan hal itu. Manusia ketika itu adalah individu yang bertanggung jawab terhadap perbuatan yang dilakukan. Teori pembalasan menjadi tujuan pembedanaan ketika itu. Lihat Henkie Liklikuwata, *Sosiologi Hukum Pidana, Kejahatan dan Penjahat: Suatu Sketsa* (Jakarta: Ind Hill Co, 1990), hlm. 30,31-32 dan 34.

Tampaknya hukum pidana modern mengalihkan konsep pidana klasik yang berorientasi pada tindak pidana yang dilakukan seseorang (perbuatannya) menjadi obyek kajian pada pelaku tindak pidana (orangnya). Penjahat dipandang sebagai manusia yang tidak mempunyai kehendak bebas dan merupakan produk lingkungan. Berbagai faktor dan kondisi lingkungan turut menciptakan seseorang melakukan kejahatan. Tujuan pemidanaan beralih dari teori pembalasan menjadi teori prevensi yang menitikberatkan pembinaan pelaku kejahatan.⁷⁶

Jimly mengemukakan orientasi pemidanaan modern dengan menekankan pada gagasan pemidanaan yang lebih manusiawi dengan menitikberatkan pada aspek perhatian terhadap tersangka, terdakwa dan terpidana.⁷⁷ Oleh karena sistem pemidanaan klasik menerapkan sistem retributif (pembalasan) yang melihat terpidana sebagai obyek, maka haruslah dipidana dalam pengertian disengsarakan. Konsep ini menurut para pakar hukum tidak tepat pada era modern. Terpidana harus dilihat sebagai subyek yang perlu dibina dan dikembangkan dengan mengedepankan sistem pemidanaan yang bersifat reformatif (pembinaan) dengan menghilangkan pidana fisik.⁷⁸

Sesungguhnya konsep pemidanaan dalam Islam relevan dengan kehidupan modern. Peningkatan modus operandi suatu kejahatan pada zaman modern tidak sepenuhnya dapat ditanggulangi dengan

⁷⁶ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Angkasa, 1996), hlm. 167.

⁷⁷ Jimly menekankan pemidanaan yang lebih manusiawi dengan mengemukakan kecenderungan umum rasa kemanusiaan masyarakat dunia untuk semakin memperhatikan terpidana. Peralihan sistem pemidanaan yang retributif ke arah reformatif sebagai wujud dari rasa kemanusiaan itu, lihat Jimly Asshiddiqie, *Ibid.*, hlm. 160 dan 177.

⁷⁸ Jimly Asshiddiqie menguraikan sistem pemidanaan yang beralih dari sistem retributif ke sistem reformatif dengan teori dan pendukungnya. *Ibid.*, hlm. 160-176.

sistem pemidanaan reformatif. Harus diakui bahwa kejahatan yang terjadi sekarang ini ada yang berdimensi ringan, sehingga penanganannya cukup dengan sistem reformatif saja. Sebaliknya, kejahatan kemanusiaan yang berat tidak dapat diatasi hanya dengan mengandalkan sistem reformatif dalam bentuk pemasyarakatan. Oleh karena itu, meninggalkan suatu konsep retributif dan menggantikannya dengan sistem reformatif tidak cukup untuk dapat memberantas atau meminimalisir tindak kejahatan. Misalnya saja pembantaian manusia tak berdosa dengan sangat sadis oleh manusia normal hanya karena persoalan sederhana, atau terjadinya kejahatan lainnya yang merugikan pihak korban. Kejahatan kemanusiaan dan kejahatan lainnya tidak cukup bahkan tidak perlu hanya dengan pemidanaan dalam bentuk pemasyarakatan. Setiap jenis pemidanaan dalam Islam bukan hanya sebagai pidana minimal, melainkan juga pidana maksimal. Jenis pemidanaan dalam Islam mulai dari sanksi pidana terberat berupa pidana mati dalam bentuk; rajam, salib, pancung, *qisas* mati sampai pada pidana pembuangan (penjara, tahanan, kurungan) bahkan pidana peringatan sebagai sanksi pidana paling ringan.

Konsep pemidanaan dalam Islam bersifat fleksibel dengan memilih sanksi pidana yang berat dan kejam untuk kejahatan yang berat dan kejam, tetapi menerapkan sanksi pidana yang ringan untuk tindak pidana yang ringan.⁷⁹ Kiranya tepatlah redaksi Al-Qur'an yang melarang menaruh rasa belas kasihan kepada orang yang dijatuhi pidana cambuk,⁸⁰ sementara pidana cambuk itu adalah sanksi pidana yang ringan dibanding dengan rajam, salib, dan pancung atau amputasi tangan dan atau kaki.

⁷⁹ Bandingkan Topo Santoso, *Membumikan*, hlm. 76-77.

⁸⁰ Lihat Q.S. an-Nur (24): 2.

cemerlang sehingga secara cepat kondisi masyarakat jahiliyah dapat dirubah menjadi masyarakat beradab dan religius.

Islam dengan perjuangan gigih Nabi juga telah mengganti pranata sosial masyarakat yang tidak berpihak kepada nilai-nilai keadilan dan kejujuran. Sistem sosial politik masyarakat Arab yang tertutup dan anti perubahan (*status quo*) yang telah terbukti menjadi alat pembenar kaum Quraisy bertindak sewenang-wenang, baik secara sosial, politik, hukum, maupun ekonomi, dirombak oleh sistem Islam yang mengutamakan persamaan, anti penindasan, perwujudan kemaslahatan, dan keadilan.

'Adālah atau keadilan, artinya dalam menegakkan hukum (*rule of law*) termasuk rekrutmen dalam berbagai jabatan pemerintahan harus dilakukan secara adil dan bijaksana. Tidak boleh ada kolusi dan nepotis (KKN), pilih kasih maupun tebang pilih. Harus ada uji kelayakan (*fit and proper test*) untuk membuktikan seseorang "bersih" dari sisi visi dan misi. Arti pentingnya penegakan keadilan dalam sebuah pemerintahan ditegaskan oleh Allah swt. dalam beberapa ayat-Nya, antara lain:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ؕ اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ۝٨٥

Artinya: "Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap suatu kaum mendorong kamu untuk

⁸⁵ Q.S. Al-Maidah (5):8

berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada taqwa. dan bertaqwalah kepada Allah. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan."

Berbicara tentang penegakan (supremasi) hukum dalam Islam, penulis mencoba mengaitkannya dengan penerapan pemidanaan dalam Islam, yang dalam konsep fikih dibahas dalam bab *jināyah* sebagaimana penjelasan di atas. Persoalan ini, secara historis telah mendorong munculnya diskusi yang berkelanjutan sejak awal sejarah Islam. Apakah ia dapat dipertimbangkan untuk dipertahankan sebagai dasar hukum yang mampu menjamin keadilan dan ketentraman masyarakat atau sebaliknya dianggap sebagai sesuatu yang *out of date* dan dehumanisme, baik secara teoritis maupun prakteknya. Peradilan Islam diakui sebagai sumber jurisprudensi Islam. Bahkan dalam prakteknya peradilan Islam memainkan peranan yang sangat penting dalam proses kreasi hukum Islam untuk mewujudkan supremasi hukum⁸⁶ dalam rangka membentuk setiap individu bermoral guna melahirkan struktur masyarakat yang aman dan tenteram.⁸⁷ Pada masa Nabi Muhammad saw., orang-orang Arab telah mengadopsi berbagai macam adat. Praktek ini, dalam banyak hal telah mempunyai kekuatan hukum dalam masyarakat.⁸⁸ Dalam kaitannya dengan keberlangsungan hukum pra-Islam, Nabi Muhammad tidak melakukan tindakan-tindakan perubahan terhadap hukum yang ada sepanjang hukum tersebut sesuai dengan prinsip-prinsip ajaran Islam yang fundamental.⁸⁹ Dengan demikian,

⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 115.

⁸⁷ Ahmad Hanafi, *Asas-asas*, hlm. 255.

⁸⁸ Duncan B. Mac Donald, *Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory* (London: Publishers Limited, 1985), hlm. 68.

⁸⁹ Wali Allah al-Dihwali, *Hujjah Allah al-Balighah* (Kairo: Dar al-Turas, 1185 H.), hlm. 124.

Nabi Muhammad dalam kapasitasnya sebagai pembuat hukum dari sebuah agama yang baru melegalkan hukum lama di satu sisi, dan mengganti beberapa hal yang tampaknya tidak konsisten dengan prinsip-prinsip hukum.⁹⁰ Hukum yang direvisi bahkan dirombak oleh Rasulullah antara lain: perkawinan dengan ibu tiri, poliandri, menikahi wanita tanpa batas jumlahnya, hubungan seksual yang tidak sah, aborsi, pembunuhan terhadap bayi perempuan, balas dendam dalam hukum *qisas*, perlindungan pencuri bagi bangsawan, perceraian berulang-ulang, dan lain sebagainya.⁹¹ Penyimpangan nilai-nilai moral dalam hukum pra-Islam, tampak sekali dalam sistem pemidanaan (peradilan), terutama pada jarimah *qisas-diyat*. Keadaan demikian dapat dibuktikan dengan peristiwa sejarah yang terjadi di kalangan masyarakat Arab jahiliyah.

Salah seorang kabilah Gani membunuh Syas bin Zuhair, maka datanglah Zuhair, ayah Syas, untuk minta pembalasan kepada suku Gani. Mereka berkata, "Apa kehendakmu atas kematian Syas?" Jawab Zuhair, "Satu dari tiga hal dan tak bisa diganti, yaitu menghidupkan kembali Syas, atau mengisi selendangku dengan bintang-bintang di langit, atau kau serahkan kepadaku semua anggota Gani untuk saya bunuh semua, dan sesudah itu aku belum merasa telah mengambil sesuatu ganti rugi atas kematian Syas".⁹²

Tuntutan semacam ini semakin membuat rawannya keadaan bila ternyata si korban berasal dari kalangan kabilah terhormat atau pemimpin kabilah itu sendiri. Hal ini terjadi karena ada sebagian dari kabilah-kabilah Arab yang mengabaikan tuntutan wali si korban, bahkan sebaliknya mereka memberikan perlindungan ter-

⁹⁰ Wali Allah al-Dihwani, *Hujjah Allah al-Balighah* (Kairo: Dar al-Turas, 1185 H.), hlm. 124.

⁹¹ Rouben Levi, *The Social Structure of Islam*, (Cambridge: University Press, 1975), hlm. 251.

⁹² Abd al-Qadir Audah, *Al-Tasyri'*, I:271; Ahmad Hanafi, *Asas-asas*, hlm. 87-88.

hadap si pembunuh.⁹³ Sehingga tidak menutup kemungkinan terjadi perang antar kabilah yang di dalamnya melibatkan orang-orang tak berdosa.⁹⁴

Di sisi lain, memang orang-orang Arab mempunyai tradisi balas dendam, bahkan terhadap persoalan yang telah terjadi beberapa tahun yang silam.⁹⁵ Kalau seorang anggota keluarga terbunuh, maka pembalasan dilakukan terhadap keluarga pembunuh yang tidak berdosa disamping pembunuhnya sendiri.⁹⁶

Al-Qur'an dan praktek Nabi memperkenalkan berbagai modifikasi terhadap praktek hukuman ini, akan tetapi ide utama dari prinsip-prinsip yang mendasarinya tidak bersifat baru, melainkan telah lama dipraktikkan oleh masyarakat Arab sebelum munculnya Islam.⁹⁷ Perubahan utama yang dilakukan oleh Islam adalah prinsip keseimbangan⁹⁸ dalam kerangka hukum yang berdimensi keadilan.⁹⁹

Dalam hukum Islam satu jiwa harus diambil karena perbuatan menghilangkan nyawa orang lain atau pemberian kompensasi harus dilakukan terhadap keluarga korban. Aturan ini tidak mempersoalkan status suku atau kedudukan si korban dalam sukunya, seperti dipraktikkan pada masyarakat Arab jahiliyah, tetapi lebih dari itu, sebagaimana yang dikatakan oleh Coulson, "sesuai dengan

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, II, hlm.433.

⁹⁵ Abdurrahman Doi, *Tindak Pidana dalam Syariat Islam*, alih bahasa Wadi Masturi dan Basri Iba Asghari (Jakarta: Metro Putra, 1992), hlm. 24.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Mohammad S. El-Awa, *Punishment in Islamic Law* (Indianapolis: American Trust Publication, 1982), hlm. 69-71.

⁹⁸ Lihat surat al-Ma'idah (5):45 dan al-Baqarah (2): 178.

⁹⁹ Hukum Kisas, tidak selamanya berupa balasan yang seimbang, karena dalam al-Qur'an ada unsur pemaaf, jadi hukum balasan diterapkan apabila wali menghendaki. Dengan demikian hukum Kisas bukan kewajiban melainkan hak bagi si korban, atau wali. Rasyid Rida, *Tafsir al-Manar* (Beirut: Dar al-Faqr, t.th.), II, hlm.123; bandingkan dengan M. Syahrur, *Al-Kitab wa al-Qur'an: Qira'ah Mu'asirah* (t.tp.: al-Insaniyah al-'Arabiyyah, 1990) hlm. 456.

standar moral keadilan dan nilai tebusan yang pasti terhadap pihak yang menjadi korban".¹⁰⁰ Ketentuan ini dituangkan dalam Al-Qur'an:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۖ الْحَرُّ بِالنَّحْرِ
وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ
فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ۚ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ
وَرَحْمَةٌ ۚ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ¹⁰¹

Artinya: Hai orang-orang yang beriman ditetapkan atas kami kisas berkenaan dengan orang yang terbunuh, orang merdeka dengan merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita, barang siapa mendapatkan pemaafan dari saudaranya hendaklah (yang memberi maaf) mengikuti dengan cara yang baik dan bagi yang dimaafkan membayar (*diyat*) kepada yang dimaafkan dengan cara yang baik pula.

Menurut Imam al-Baidawi sebagaimana dikutip oleh Sayyid Sabiq, bahwa turunya ayat tersebut berkenaan dengan dua kabilah yang berhutang piutang. Salah satu lebih kuat dari lainnya, lalu Kabilah yang kuat bersumpah, "Kami harus membunuh orang merdeka di antara kalian sebagai akibat terbunuhnya hamba sahaya kami, dan kami akan membunuh laki-laki sebagai akibat terbunuhnya perempuan dari suku kami".¹⁰² Dalam hukum had

¹⁰⁰ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1971), hlm. 78.

¹⁰¹ Q.S. Al-Baqarah (2): 178.

¹⁰² As-Sayid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, II, hlm. 433.

ditemukan adanya pembenahan sistem hukum, seperti dalam kasus delik pencurian, pada masa pra-Islam yang diberlakukan diskriminasi, terutama antara bangsawan dan rakyat biasa.¹⁰³

Hadis di bawah ini dapat dijadikan dasar pernyataan tersebut di atas ketika Uzamah binti Zaid kekasih Rasulullah meminta maaf atas kesalahan Fatimah binti al-Aswad karena telah mencuri, maka Rasulullah berkata, "Apakah kamu meminta syafa'at mengenai sesuatu hukuman yang telah ditetapkan oleh Allah?" Kemudian Rasulullah bersabda :

أَخْبَرَنَا عَمْرَانُ بْنُ بَكَّارٍ قَالَ حَدَّثَنَا بَشْرُ بْنُ شُعَيْبٍ قَالَ أَخْبَرَنِي أَبِي عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ اسْتَعَارَتْ امْرَأَةٌ عَلَى أُنَاسٍ يَغْرِفُونَ وَهِيَ لَا تَعْرِفُ خَلِيًّا فَبَاعَتْهُ وَأَخَذَتْ ثَمَنَهُ فَأَتَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَعَى أَهْلُهَا إِلَى أَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ فَكَلَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِيهَا فَمَاتُوا وَجَّهَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ يُكَلِّمُهُ ثُمَّ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسْتَغْفِرُ إِلَيَّ فِي حَدِّكَ مِنْ خُدُودِ اللَّهِ فَقَالَ أَسَامَةُ اسْتَغْفِرُ لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَشِيَّتَهُ فَأَتَنِي عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ بِمَا هُوَ أَهْلُهُ ثُمَّ قَالَ أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّمَا هَلَكَ النَّاسُ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ الشَّرِيفُ فِيهِمْ تَرَكَوهُ وَإِذَا سَرَقَ الضَّعِيفُ فِيهِمْ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتُ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا ثُمَّ قَطَعَ تِلْكَ الْمَرْأَةُ* ¹⁰⁴

¹⁰³ T.M. Hasbi ash-Shieddiqiy, 2002 *Mutiara Hadist* (Jakarta: Bulan Bintang, 1976), IV, hlm. 68-69. Lihat pula Amiur Nurudin, *Ijtihad Umar Ibn al-Khattab: Studi tentang Perubahan Hukum dalam Islam* (Jakarta: Rajawali Press, 1987), hlm. 148-149.

¹⁰⁴ Imam Bukhari, *Shahih*, IV: 48.

Artinya: Bahwasanya yang menyebabkan kehancuran umat sebelum kamu sekalian ialah karena apabila ada kaum bangsawan yang mencuri, mereka dibiarkan, tetapi sebaliknya jika yang mencuri adalah kaum lemah, maka ditegakkan hukum seadil-adilnya, saya bersumpah demi Allah seandainya Fatimah putri Muhammad mencuri niscaya akan kupotong tangannya.

Makna hadis ini adalah bahwa salah satu penyebab celaknya umat-umat terdahulu adalah karena adanya diskriminasi dalam hukum yaitu jika yang mencuri itu adalah orang terpandang (punya status sosial yang tinggi) maka hukum tidak ditegakkan, tetapi jika yang melakukan tindak pidana hukum adalah orang lemah (*wong cilik*) maka serta-merta hukum itu ditegakkan. Padahal Islam memperlakukan seluruh umat manusia secara sama, baik antara rakyat dan penguasa, yang kaya dan miskin, kuat dan lemah, yang disenangi masyarakat atau tidak, dan lain-lain. Rasulullah sendiri menegaskan dalam potongan hadis di atas bahwa beliau akan menegakkan hukum walaupun terhadap putrinya, jika terbukti melakukan kesalahan, baginya semua adalah sama di hadapan hukum (*equality before the law*).

Di samping contoh di atas, ada sebagian hukum jahiliyah yang tidak diterapkan sanksi bagi jarimah-jarimah tertentu, akibatnya muncul ketidakadilan. Hal ini disebabkan karena perbedaan kabilah. Seperti kasus riba yang sangat mengacaukan masyarakat, sehingga orang yang jatuh ke tangan tukang riba dan tidak mampu membayar hutangnya sering menyerahkan anak gadisnya sebagai jaminan.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Marsum, *Jarimah Takzir: Perbuatan Dosa dalam Hukum Pidana Islam* (Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1992), hlm. 3.

Kejahatan seperti ini telah dihapus oleh Islam¹⁰⁶ dan diderivasikan ke dalam jarimah ta'zir. Artinya ditetapkan adanya sanksi bagi tukang riba yang ditentukan oleh penguasa berdasarkan kadar riba yang diperbuatnya. Demikian halnya dengan kasus mengawini ibu tiri (kejahatan seks), yang memberikan indikasi bahwa praktek hukum jahiliyah sangat tidak manusiawi.¹⁰⁷

Islam datang dengan panji-panji keadilan yang ternyata lambat laun dapat diterima oleh masyarakat luas, termasuk keadilan dalam sistem pemidanaan dalam rangka menciptakan supremasi hukum. Dalam penerapan sanksi, Islam sangat mempertimbangkan rasa keadilan, baik keadilan sosial (*social justice*) maupun keadilan secara individual (*individual justice*). Di sinilah "dimensi kemanusiaan" tercakup. Abu Zahrah, berkomentar, bahwa kedatangan Islam adalah menegakkan keadilan dan melindungi keutamaan akal budi manusia.¹⁰⁸ Pendapat senada juga dilontarkan oleh as-Şabuni, bahwa Islam datang dengan membawa kepentingan menuju pada tegaknya keadilan, melindungi kehormatan manusia, mencegah segala bentuk kejahatan, memberi pelajaran pada pelaku tindak kejahatan dengan memberikan sanksi seimbang sesuai dengan tingkat kesalahan seseorang.¹⁰⁹

Aplikasi supremasi hukum di awal Islam pada prinsipnya ada di tangan Nabi, mengingat Al-Qur'an sebagai petunjuk dan pedoman hidup manusia. Sedang Hadis (perbuatan Nabi) sebagai penjelas

¹⁰⁶ Riba dilarang sesuai dengan ketentuan Q.S. al-Baqarah (2) ayat 275: "... Sesungguhnya Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba; siapa yang menerima pelajaran ini lalu berhenti, maka bebaslah ia dari yang sudah lewat dan keadaannya terserah kepada Allah, tetapi siapa yang mengulanginya mereka ini adalah penduduk neraka, mereka kekal selama-lamanya".

¹⁰⁷ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyri'*, I, hlm. 269.

¹⁰⁸ M. Abu Zahrah, *Al-Jarimah wa al-'Uqubah fi Fiqh al-Islami* (Beirut: Dar al-Faqir, t.th.) hlm. 17.

¹⁰⁹ M. Ali as-Şabuni, *Rawai'u al-Bayan Tafsir al-Ayat al-Ahkam min Al-Qur'an*, (Makkah: Dar al-Qur'an al-Karim, 1972), I, hlm. 556.

Al-Qur'an. Sebenarnya hukum yang ditetapkan Nabi adalah hukum Allah, karena Allah memerintahkan supaya mengikuti perintah Nabi dan meninggalkan larangannya.

Jadi, sunnah merupakan sumber hukum kedua setelah Al-Qur'an yang wajib dilaksanakan. Pelaksanaan hukum-hukum tersebut ditaati oleh sahabat-sahabat Nabi, baik sewaktu beliau masih hidup maupun setelah meninggal dunia. Praktek Rasul dalam penegakan hukum, baik yang menyangkut aspek pemeriksaan sampai kepada sistem pemidanaan menjadi sesuatu yang wajib diikuti.

Adapun praktek pemidanaan yang dilaksanakan oleh para sahabat, termasuk *al-Khulafā'u ar-Rāsyidūn* dapat dijadikan bahan pertimbangan dalam pemidanaan masa sekarang, karena mereka dekat dengan Rasulullah, sehingga setiap ada persoalan selalu dikonfirmasi dengan Rasulullah. Oleh karena itu, persoalan yang diputuskan para khalifah kemungkinan memiliki tingkat kesalahan yang sangat kecil.

Dalam penerapan pidana, Rasulullah selaku pengemban risalah baru, disamping menciptakan aturan-aturan yang melegalkan hukum adat masyarakat Arab, juga menerapkan aturan baru sesuai dengan petunjuk Al-Qur'an. Hal ini dapat dijadikan bukti bahwa hukum pidana Islam menganut *asas legalitas*.¹¹⁰ Artinya ketentuan umum dan khusus harus dipenuhi setiap pelaku jarimah untuk dapat dikenakan hukuman sesuai dengan aturan yang berlaku.

Dalam sejarahnya, Rasulullah di satu sisi terkenal sebagai orang yang tegas dalam menegakkan hukum, di sisi lain terkenal

¹¹⁰ Asas legalitas ialah tiada perbuatan yang dapat dihukum sebelum adanya nas yang mengundangkan. Dalam Islam didasarkan pada surat al-Isrā' (17) ayat 15; al-Qasas (28) ayat 59. Kaidah *Lā hukma li al-ali al-uqalā'i qabla wurūd an-naṣṣi*. Dan *La jarimah wa la 'uqūbah illā bi an-naṣṣi*. Baca Abd. Al-Qadir Audah, *At-Tasyrī*, I, hlm. 121.

sebagai orang yang bijaksana. Ketegasannya bisa dilihat dari berbagai kasus yang diputuskan oleh beliau terhadap tindak pidana hudud. Bahkan Rasul bersumpah kiranya Fatimah binti Muhammad mencuri pastilah dipotong tangannya.¹¹¹

C. Hukum Pidana Islam dalam Sistem Hukum Nasional

1. Realitas Kesejarahan Hukum Islam di Indonesia

Hukum Islam masuk ke wilayah Indonesia (dulu Nusantara) bersama-sama dengan masuknya agama Islam di Indonesia. Sejak kedatangannya ia merupakan hukum yang hidup (*living law*) di dalam masyarakat.¹¹² Bukan saja karena hukum Islam merupakan entitas agama yang dianut oleh mayoritas penduduk hingga saat ini, akan tetapi dalam dimensi amaliahnya di beberapa daerah ia menjadi bagian tradisi (adat) masyarakat, yang terkadang dianggap sakral. Ada beberapa daerah yang hukum adatnya sarat dengan nilai-nilai Hukum Islam antara lain Aceh (kini Nangroe Aceh Darussalam), Padang, Minangkabau, Sulawesi Selatan, dan Riau. Ungkapan *pepatah-petitih* yang berkaitan dengan itu seperti "*Adat bersendi Syara'*", "*Syara' Bersendi Kitabullah*",¹¹³ dan "*Syara' Mengata, Adat Memakai*" adalah menjadi bukti kuat dari pernyataan di atas. Jadi, secara sosiologis dan kultural, hukum Islam adalah hukum yang mengalir dan berurat berakar pada budaya masyarakat. Hal tersebut disebabkan karena fleksibilitas dan elastisitas yang dimiliki hukum Islam. Artinya, kendatipun hukum Islam tergolong hukum yang otonom—karena adanya otoritas Tuhan di dalamnya—akan tetapi,

¹¹¹ Baca selengkapnya Imam Bukhari, *Ṣaḥīḥ*, IV, hlm. 173, Imam Muslim, *Ṣaḥīḥ Muslim*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.) II, hlm. 219.

¹¹² Ahmad Azhar Basyir, "Corak lokal dalam Hukum Positif Islam di Indonesia (Sebuah Tinjauan Filosofis)", *Mimbar Hukum* No.13/Th.IV/1994, hlm. 29.

¹¹³ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia* (Yogyakarta, Gama Media, 2001), hlm. 72.

dalam tataran implementasinya ia sangat *aplicable* dan *acceptable* dengan berbagai jenis budaya lokal.¹¹⁴

Dalam sejarah perkembangannya di Indonesia, kedudukan hukum Islam terutama perdatanya (*Civiele Wette der Mohammedanshe*) sebagai hukum positif telah mendapatkan legislasi pemberlakuannya sejak zaman VOC (1602-1880 M) melalui *Resolutie der Indeshe Regeering* tanggal 25 Mei 1760,¹¹⁵ yaitu diberlakukannya suatu kumpulan aturan hukum perkawinan dan hukum kewarisan menurut Hukum Islam untuk dipergunakan pada pengadilan VOC bagi orang Indonesia dan dikenal dengan *Compendium Frijer*.¹¹⁶ *Compendium* ini dikenal sebagai legislasi Islam pertama di Indonesia.

Di samping *compendium* itu, di daerah Cirebon juga telah dikenal sebuah produk legislasi yang dikenal dengan sebutan *Pepakem Cirebon*. *Pepakem Cirebon* itu sendiri merupakan kompilasi dari berbagai kitab hukum Jawa Kuno, yaitu: *Kitab Hukum Raja Niscaya*, *Undang-Undang Mataram*, *Jaya Lengkara*, *Kontra Menawa*, dan *Adilullah*.¹¹⁷

Produk legislasi ini dipergunakan untuk memutuskan perkara di wilayah Pengadilan Kesultanan Cirebon. Kekuasaan peradilan saat itu dilaksanakan oleh enam orang menteri yang mewakili tiga Sultan yaitu Sultan Sepuh, Sultan Anom, dan Panembahan Cirebon. Konon *Pepakem Cirebon* ini juga diberlakukan di daerah Bone dan Gowa Sulawesi Selatan.

¹¹⁴ Baca Marzuki Wahid dan Rumadi, *Fikih Madzhab Negara* (Yogyakarta: LKIS, 2001), hlm. 81.

¹¹⁵ Supomo, *Sejarah Politik Hukum Adat* (Jakarta: 1995), hlm. 8.

¹¹⁶ Idris Ramulyo, *Asas-asas Hukum Islam: Sejarah Timbul dan Berkembangnya* (Jakarta: Sinar Grafika, 1997), hlm. 49.

¹¹⁷ Cik Hasan Basri, *Peradilan Agama di Indonesia* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1998), hlm. 108.

Demikian pula di Semarang Jawa Tengah muncul legislasi fikih yaitu yang dikenal dengan *Mogharrer* atau lengkapnya adalah *Compendium der Voornamste Javaanche Wetten Nauwkeurig Getrokken Uit Het Mohammedaanshe Wetboek Mogharrer*. *Kompendium* ini diambilkan dari kitab *al-Muharrar*, karya Imam Rofi'i.¹¹⁸ Selain beberapa legislasi fikih tersebut masih ada beberapa peraturan yang dikeluarkan oleh B.J.D. Clotwijk yang memberi ruang bagi berlakunya hukum Islam di daerah Sulawesi Selatan.¹¹⁹

Pada masa ini politik kolonial terhadap hukum Islam bisa dianggap menguntungkan. *Staatsblad* No. 152 tahun 1882 yang mengatur sekaligus mengakui adanya lembaga Peradilan Agama merupakan indikasi kuat diterimanya hukum Islam. Dari sinilah muncul teori *Receptio in Complexu* oleh Van Den Berg yang

¹¹⁸ Kitab *al-Muharrar*, merupakan salah satu kitab rujukan tidak hanya di Nusantara tetapi di Asia Tenggara. Yang lain adalah kitab *al-Taqrīb* karya Abu Sujā' (w. 1215 M), *Qurraṭ al-'Ain* karya Zain al-Dīn al-Malibārī (lahir 1597 M) dan *Muqaddimah al-Hadramiyyah* karya Bā Faḍal (hidup pada abad XVI M). Adapun kitab-kitab fikih bermuara pada *al-Muharrar* adalah *Minhāj al-Ṭalībīn* karya al-Nawāwī (w. 576 H), -dengan mukhtasarnya yaitu masing-masing *Kanz al-Rāgibīn* dari al-Mahallī (w. 864) dan *Syarah Kanz al-Rāgibīn* dari Qalyubi dan 'Umayra, kemudian *Minhāj al-Ṭullāb* dan *Fath al-Wahhāb* keduanya karya al-Anṣārī (w. 926), *Tuhfah al-Muhtāj* karya Syarbīnī (w. 977 H) dan *Nihāyah al-Muhtāj* karya al-Ramli (w. 1004 M). Adapun kitab-kitab fikih yang bermuara pada *al-Taqrīb* adalah *al-Iqnā'* karya Syarbīnī (w. 977 H), *Kifāyah al-Akhyār* karya al-Dimasyqī (w. 829 H), *Fath al-Qarīb* karya Ibn al-Qāsim al-Ghuzzī (w. 918 H), *Taqrīr* karya Awwād, *Tuhfah al-Ḥabīb* karya al-Bujayrimī (1110 H) dan *Hasyiyah al-Bājūrī* karya al-Bājūrī (w. 1277 H). Kitab-kitab fikih yang bermuara pada *Qurraṭ al-'Ain* adalah *Fath al-Mu'in* karya al-Malibārī sendiri, *Nihāyah al-Zain* karya Nawawī al-Bantani (hidup abad XIX M), *I'ānah al-Ṭalībīn* karya Sayyid Bakri al-Dimīyātī (1130 H) dan *Taṣṣīḥ al-Mustafīdīn* karya 'Alwī Saqqāf (1130 H) dan yang bermuara pada kitab *Muqaddimah al-Hadramiyyah* antara lain *Minhāj al-Qawīm* karya Ibn Hajar al-Haytamī (w. 1338 H), *Busyrā al-Karīm* karya Sa'id Ibn Basyir dan *al-Hawāsy al-Madaniyyah* karya Sulayman al-Kurdi (w. 1194 H). Lihat Atho Mudzhar, *Fatwa-Fatwa Majelis Ulama Indonesia* (Jakarta: INIS, 1993), hlm. 21.

¹¹⁹ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia* (Yogyakarta: Gama Media, 2001), hlm. 59.

Dari semua peraturan (*qanun*) yang telah dibuat di NAD tersebut terlihat ada empat materi hukum pidana Islam yang telah disahkan yaitu minuman khamar, perjudian, tentang khaliwat dan Pengelolaan zakat. Dalam penerapan hukuman yang diberlakukan di daerah NAD, hukuman pidana yang banyak digunakan adalah *ta'zir* berupa pidana cambuk dan denda. Penerapan pidana ini dianggap cukup membawa pengaruh terhadap tingkat kriminalitas.

Dalam sebuah penelitian disebutkan bahwa penerapan pidana cambuk bagi pelaku tindak pidana judi di Propinsi Nangroe Aceh Darussalam (NAD), khususnya di Kabupaten Bireueh kini menurun drastis. Ketua Forum Masyarakat Berantas Judi Buntut-Togel (BJB-T) NAD, Tarmidzi H.A. Hamid menyatakan hal itu pada 17 Juli 2005 bahwa: "Saya melihat warga yang dulu bermain judi buntut dan togel secara terang-terangan di pusat kota, kini pemandangan tersebut hampir tidak ditemukan lagi. Daerah Bireuen merupakan salah satu daerah yang dikenal marak permainan judi buntut dan togel, baik di ibu kota kabupaten maupun di kecamatan. Omzetnya mencapai 110 juta rupiah setiap hari yang dibuka dua kali sehari (siang dan malam). Saya pikir antara 70-80 persen sudah berkurang dibanding sebelum diterapkan pidana cambuk. Realitas ini dapat menjadi indikasi efektivitas konsep pemidanaan dalam Islam pada tindak pidana tertentu dibanding dengan pidana penjara untuk seluruh bentuk tindak pidana dilihat dari nilai jera dan beban anggaran."¹⁶⁷

Keberhasilan Propinsi Nangroe Aceh Darussalam (NAD) diberi otonomi khusus oleh pemerintah pusat, termasuk menyelenggarakan penerapan hukum Islam merupakan realitas yang tidak bisa dielakkan. Penerapan hukum Islam di wilayah ini sebagai suatu keniscayaan. Pemidanaan dalam Islam pun

¹⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 115.

dipraktikkan dengan pidana cambuk. Belajar dari pengalaman Propinsi NAD dan atas dasar otonomi daerah serta era reformasi, beberapa daerah menyusul Propinsi NAD menerapkan hukum Islam. Dari sini kemudian muncul suara-suara yang tidak menghendaki penerapan hukum Islam. Penerapan hukum Islam menurut mereka bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi yakni UUD 1945. Tidak kurang dari Bambang Purnomo yang membatasi kapling pidana Islam dengan melihat pada kasus kasus penghinaan agama, merintangi ibadah dan upacara-upacara keagamaan, merusak bangunan ibadah, penghinaan terhadap Tuhan.¹⁶⁸ Bambang Purnomo mengakui bahwa hukum Islam bidang kepidanaan masih belum mendapat tempat. Sudut pandang filosofi bangsa Indonesia yang berdasarkan Pancasila tidak menutup pintu bagi hukum Islam untuk menjadi bagian dari pembangunan hukum nasional. Permasalahan yang dihadapi adalah bagaimana hukum Islam dibidang kepidanaan dapat menjadi bagian dari hukum positif dalam rangka pembangunan hukum nasional Indonesia. Atas dasar pasal 29 UUD 1945, Jimly Asshiddiqie memandang bahwa secara yuridis formal konsep pemidanaan dalam Islam memiliki kemungkinan untuk memberlakukan tradisi hukum Islam mengenai jenis pidana sebagai bahan yang sah untuk pembentukan hukum pidana nasional Indonesia.¹⁶⁹ Meskipun ketentuan perundangan yang lainnya hanya menyangkut kedudukan umat Islam di bidang keperdataan.¹⁷⁰ Hanya saja menurut Jimly keberadaan tradisi hukum Islam itu, baik yang bersifat pidana maupun perdata tidak harus dilihat dari segi bentuk teknisnya. Hal yang perlu dikembangkan menjadi bahan perumusan hukum pidana nasional

¹⁶⁸ Lihat Bambang Purnomo dalam Amrullah Ahmad dkk., *Dimensi*, hlm. 160.

¹⁶⁹ *Ibid.* hlm. 157.

¹⁷⁰ Jimly Asshiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia* (Bandung: Angkasa, 1996), hlm. 195.

adalah gagasan inti dari ketentuan-ketentuan teknis hukum pidana Islam itu. Dengan cara demikian tidak akan ada persoalan mengenai kemungkinan perbedaan pandangan antara penduduk yang beragama Islam dengan golongan non muslim. Semakin dalam pemahaman akan makna dari gagasan bentuk pidana Islam itu dilakukan semakin luas pula nilai-nilai universal yang dapat dipahami sehingga memungkinkan gagasan itu diterima secara luas oleh semua kelompok yang ada dalam masyarakat.¹⁷¹

Pandangan Jimly tersebut tidak menggambarkan kedudukan konsep pemidanaan dalam Islam secara utuh dan menyeluruh. Tetapi pada pemaknaan konsep pemidanaan dalam Islam secara parsial dan dengan pendekatan yang fragmatis, suatu sikap yang menggambarkan penjinakan terhadap umat Islam dan bahkan kekalahan politik umat Islam. Padahal jika melihat rumusan tindak pidana dalam draft RUU KUHP terdapat langkah maju dan kongkrit mengenai masukan-masukan dalam rumusan itu yang sesuai dengan hukum Islam. Pada bagian lain Bambang Purnomo menjelaskan bahwa politik hukum pidana yang digariskan pembentuk undang-undang adalah wewenang badan legislatif bersama badan eksekutif. Bambang Purnomo mengusulkan agar kedudukan hukum Islam, khususnya jarimah secara proporsional perlu dipikirkan agar bersifat *interface* terhadap hukum pidana nasional. Untuk membangun masyarakat hukum dalam negara yang berketuhanan Yang Maha Esa, pemecahan problem kemasyarakatan tidak hanya mengandalkan kekuatan hukum, khususnya peraturan hukum pidana, tetapi menumbuhkan tatanan sosial dan kontrol sosial dari kaidah agama, adat dan kesusilaan.¹⁷²

¹⁷¹ *Ibid.*, hlm 195.

¹⁷² Lihat Bambang Purnomo dalam Amrullah Ahmad SF' dkk, *Dimensi*, hlm. 161 dan 162.

Tidak dapat disangkal bahwa upaya positivisasi dan legislasi hukum Islam di Indonesia menguat dan menemukan momentumnya pasca runtuhnya Orde Baru pada tahun 1998. Seperti kran yang telah lama tersumbat, terkatup dan kemudian pecah, beberapa peraturan dan undang-undang yang disarikan dari hukum Islam segera dilegislati dan diundang-undangkan tak berselang lama setelah kejatuhan Soeharto seperti dalam masalah zakat dan haji. Merujuk pada kajian Danel E. Price, seperti dikutip Azra dan Salim, penerapan syariat Islam yang komprehensif mungkin disusun dalam lima tingkatan perundang-undangan yang menunjuk pada susunan hierarkis, mulai terendah sampai tertinggi. *Pertama*, hukum kekeluargaan (perkawinan, perceraian dan kewarisan); *kedua*, masalah ekonomi dan keuangan, seperti perbankan dan zakat; *ketiga*, praktik ritual keagamaan, seperti kewajiban berjilbab, larangan alkohol dan judi; *Keempat*, hukuman pidana Islam, termasuk hukuman dan sanksinya; *Kelima*, penggunaan Islam sebagai dasar negara.¹⁷³ Kini Aceh mulai merambah ke level keempat di bidang jinayat (pidana) berkat otoritas dan otonomi di bidang hukum yang luas diberikan kepadanya di bawah payung UUPA No. 11/2006.¹⁷⁴ Namun terkait dengan qanun pidana (jinayat-nya), rancangannya sudah jadi tetapi belum disahkan oleh pemerintah provinsi NAD.

¹⁷³ Azyumardi Azra dan Arskal Salim, *Shari'a and Politics in Modern Indonesia* (Singapore: ISEAS, 2003), hlm. 11. Lihat juga Arskal Salim, *Challenging the Secular State, the Islamization of Law in Modern Indonesia* (Honolulu: University of Hawai'i Press, 2008), hlm. 46.

¹⁷⁴ Undang-undang ini lahir dari sebuah MoU antara RI dan GAM di Helsinki, yang sesungguhnya tidak terdapat satu klausulpun tentang syariat Islam, namun dalam UU ini mengakomodir tentang syariat Islam sebagai perpanjangan Undang-undang sebelumnya. Lihat Yuni Roslaili, *Analisis Kasus Penerapan Hukum Pidana Islam*, hlm. 200.

BAB III

KEBIJAKAN PEMBERIAN SANKSI DALAM HUKUM POSITIF DAN PEMIDANAAN TA'ZIR DALAM HUKUM PIDANA ISLAM

A. Kebijakan Pemidanaan dan Pemberian Sanksi dalam Hukum Positif

Sebagaimana terjadi di antara ahli filsafat, di antara ahli hukum pidana pun diskusi mengenai pemidanaan masih terus berlangsung¹. Disadari bahwa terdapat *gap* antara apa yang disebut pemidanaan dan apa yang digunakan sekarang sebagai metode untuk memaksakan kepatuhan. Perubahan dalam sentimen publik, kemajuan dalam ilmu pengetahuan, adanya kesatuan posisi penuh, semuanya mendorong adaptasi metode-metode pemidanaan. Sebagian berpandangan, pemidanaan adalah sebuah persoalan yang murni hukum (*purely legal matter*). J.D. Mabbott, misalnya, memandang seorang “penjahat” sebagai seorang yang telah melanggar hukum, bukan orang jahat. Seorang yang “tidak bersalah” adalah seseorang yang belum melanggar suatu hukum, meskipun ia bisa jadi merupakan orang jahat dan telah melanggar hukum-hukum

¹ Lihat Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana: Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005), hlm. 73

lain.² Sebagai seorang retributivis, Mabbott memandang bahwa pemidanaan merupakan akibat wajar yang disebabkan bukan dari hukum, tetapi dari pelanggaran hukum.³ Artinya, jahat atau tidak jahat, bila seseorang telah bersalah melanggar hukum maka orang itu harus dipidana.

Beberapa di antara para ahli hukum pidana menyadari betul persoalan pemidanaan bukanlah sekedar masalah tentang proses sederhana memidana seseorang dengan menjebloskannya ke penjara. Refleksi yang paling kecil saja, dengan mudah menunjukkan bahwa memidana sesungguhnya mencakup pula pencabutan (peniadaan), termasuk proses pengadilan itu sendiri. Oleh karena itu, kesepakatan tentang apa yang dimaksud dengan pemidanaan itu sendiri merupakan hal yang penting sebelum menempatkan perintah (putusan) ke berbagai aplikasi paksaan publik pada individu, entah atas nama kesehatan, pendidikan, ataupun kesejahteraan umum.

Usaha Jerome Hall - sebagaimana dikutip D. Mabbott - dalam memberi batasan konseptual tentang pemidanaan dianggap sebagai kemajuan besar yang telah dicapai. Hall membuat deskripsi yang terperinci mengenai pemidanaan berikut ini. *Pertama*, pemidanaan adalah kehilangan hal-hal yang diperlukan dalam hidup. *Kedua*, ia memaksa dengan kekerasan. *Ketiga*, ia diberikan atas nama negara, ia "diorisasikan". *Keempat*, pemidanaan mensyaratkan adanya peraturan-peraturan, pelanggaran dan penentuannya, yang

² D. Mabbott, *Punishment and the Death Penalty: the Current Debate*, Robert M. Bard & Stuart E. Rosenbaum (Ed.) (New York: Prometheus Books, 1995), hlm. 19.

³ *Ibid.*, hlm. 24. Di awal tulisannya Mabbott menegaskan bahwa dia menolak justifikasi semua pertimbangan utilitarian. Tujuan-tujuan 'reformasi' dan 'deterrence' yang biasanya dianggap merupakan satu-satunya alternatif untuk 'retribusi' menurutnya memiliki kesulitan kesulitan untuk diterapkan.

diekspresikan dalam putusan. *Kelima*, ia diberikan kepada pelanggar yang telah melakukan kejahatan, dan ini mensyaratkan adanya sekumpulan nilai-nilai dengan beracuan kepadanya, kejahatan dan pemidanaan itu signifikan dalam etika. *Keenam*, tingkat atau jenis pemidanaan berhubungan dengan perbuatan kejahatan, dan diperberat atau diringankan dengan melihat personalitas (kepribadian) si pelanggar, motif dan dorongannya.

Sedangkan Ted Honderich⁴ berpendapat, pemidanaan harus memuat tiga (tiga) unsur berikut:

Pertama, pemidanaan harus mengandung semacam kehilangan (*deprivation*) atau kesengsaraan (*distress*) yang biasanya secara wajar dirumuskan sebagai sasaran dari tindakan pemidanaan. Unsur pertama pada dasarnya merupakan kerugian atau kejahatan yang diderita oleh subjek yang menjadi korban sebagai akibat dari tindakan sadar subjek lain. Secara aktual, tindakan subjek lain dianggap salah bukan saja karena mengakibatkan penderitaan bagi orang lain, tetapi juga karena melawan hukum yang berlaku secara sah.

Kedua, setiap pemidanaan harus datang dari institusi yang berwenang secara hukum. Jadi, pemidanaan tidak merupakan konsekuensi alamiah suatu tindakan, melainkan sebagai hasil keputusan pelaku-pelaku personal suatu lembaga yang berkuasa. Karenanya, pemidanaan bukan merupakan tindakan balas dendam dari korban terhadap pelanggar hukum yang mengakibatkan penderitaan.

Ketiga, penguasa yang berwenang berhak untuk menjatuhkan pemidanaan hanya pada subjek yang telah terbukti secara sengaja melanggar hukum atau peraturan yang berlaku dalam

⁴ Ted Honderich, *Punishment: The Supposed Justifications* (Harmondsworth: Penguin Books, 1976), hlm. 14-18.

masyarakatnya. Unsur ketiga ini memang mengundang pertanyaan tentang "hukuman kolektif," misalnya embargo ekonomi yang dirasakan juga oleh orang-orang yang tidak bersalah. Meskipun demikian, secara umum pemidanaan dapat dirumuskan terbuka sebagai denda (*penalty*) yang diberikan oleh instansi yang berwenang pada pelanggar hukum atau peraturan.

Perkembangan pemikiran tentang pemidanaan juga diikuti oleh kemajuan pemikiran mengenai tujuan pemidanaan. Sejarah pemidanaan selama seratus tahun terakhir memberi pengaruh kuat pada harapan-harapan yang membaik ini, bagi orang yang dihukum bahkan lebih mengesankan ketika itu dipandang bersama dengan kekerasan yang meningkat yang telah diciptakan oleh perang modern hampir dalam setiap kehidupan.

1. Dasar Pemidanaan dan Penjatuhan Pidana dalam Hukum Pidana Umum

Diskursus seputar pidana dalam hukum pidana akan selalu menarik mengingat aspek pidana inilah bagian yang terpenting dari suatu undang-undang hukum pidana. Masalah pidana sering dijadikan tolok ukur sampai seberapa jauh tingkat "peradaban" bangsa yang bersangkutan.⁵ Untuk memahami lebih dalam, berikut akan diuraikan dasar pemidanaan mulai dari aliran klasik.

Aliran klasik pada prinsipnya hanya menganut sistem sanksi tunggal berupa jenis sanksi pidana. Menurut Sudarto, aliran klasik tentang pidana bersifat retributif dan represif terhadap tindak

⁵ Mudzakir, "Sistem Pengancaman Pidana dalam Hukum Pidana," *Makalah disampaikan pada Seminar Nasional Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum UIL Yogyakarta, 15 Juli 1993, hlm. 1.

pidana.⁶ Aliran ini muncul pada abad ke-18 berpaham indeterminisme mengenai kebebasan kehendak manusia yang menekankan pada perbuatan pelaku kejahatan sehingga dikehendakilah hukum pidana perbuatan (*deed-strafrecht*). Karenanya, sistem pidana dan pemidanaan aliran klasik ini sangat menekankan pemidanaan terhadap perbuatan, bukan pada pelakunya. Sistem pemidanaan ditetapkan secara pasti (*the definite sentence*). Artinya, penetapan sanksi dalam undang-undang tidak dipakai sistem peringanan atau pemberatan yang berhubungan dengan faktor usia, keadaan jiwa si pelaku, kejahatan-kejahatan yang dilakukannya terdahulu maupun keadaan-keadaan khusus dari perbuatan/kejahatan yang dilakukan.⁷ Pendek kata, tidak dipakai sistem individualisasi pidana.

Pada abad ke-19 lahirlah aliran modern yang mencari sebab kejahatan dengan memakai metode ilmu alam dan bermaksud untuk langsung mendekati atau mempengaruhi penjahat secara positif sejauh dia masih dapat diperbaiki. Bertolak belakang dengan aliran klasik, aliran modern memandang kebebasan berkehendak manusia banyak dipengaruhi oleh watak dan lingkungannya sehingga tidak dapat dipersalahkan dan dipidana. Andai pun digunakan istilah pidana, menurut aliran modern, harus tetap diorientasikan pada sifat-sifat si pelaku. Karenanya, aliran ini bertitik tolak dari

⁶ Lihat Sudarto, "Suatu Dilema dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia," *Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Hukum Pidana* pada Fakultas Hukum Diponegoro, Semarang, 21 Desember 1974.

⁷ Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana* (Bandung: Alumni, 1992), hlm. 25-26 dan 62.

⁷ Ibid

pandangan determinisme⁸ dan menghendaki adanya individualisasi pidana yang bertujuan mengadakan resosialisasi terhadap pelaku kejahatan.⁹

Bermuara dari kedua konsepsi aliran hukum pidana tersebut, lahirlah ide individualisasi pidana yang memiliki beberapa karakteristik sebagai berikut:¹⁰

- a. Pertanggungjawaban (pidana) bersifat pribadi/perorangan (asas personal);
- b. Pidana hanya diberikan kepada orang yang bersalah (asas *culpabilitas*; tiada pidana tanpa kesalahan);
- c. Pidana harus disesuaikan dengan karakteristik dan kondisi si pelaku; ini berarti harus ada kelonggaran/fleksibilitas bagi hakim dalam memilih sanksi pidana (jenis maupun berat ringannya sanksi) dan harus ada kemungkinan modifikasi pidana (perubahan/penyesuaian) dalam pelaksanaannya.

Di samping pembagian teori-teori pemidanaan secara tradisional, yaitu teori absolut dan teori relatif, ada teori ketiga yang disebut teori gabungan (*verenigings theorieën*).

Penulis pertama yang mengajukan teori gabungan ini ialah Pellegrino Rossi (1787-1848). Sekalipun ia menganggap

⁸ Dalam tulisan yang berjudul "Rational Choice and Determinism", John S. Goldkamp menyebut tokoh-tokoh yang mendukung determinisms, dan yang memperluas pengertiannya adalah Lombroso dengan teori "Bom Criminal", E. Ferri dengan teori *human figure*, W. Bonger dengan *Manusia ekonominya yang digerakkan oleh cupidity* (keinginan besar untuk memiliki), S. Freud yang menunjuk mencemaskan manusia sebagai pembunuh laten dan sex offenders serta H. Eysenck yang mencemaskan manusia sebagai binatang paling buas dan mematikan yang pernah hidup. Lihat Michael R. Gottfredson and Travis Hirschi, *Positive Criminology* (London: Sage Publications, 1987), hlm. 135.

⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori*, hlm. 32, 39, 63 dan 64.

¹⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti 1996), hlm. 43.

pembalasan sebagai asas dari pidana dan beratnya pidana tidak boleh melampaui suatu pembalasan yang adil, ia berpendirian bahwa pidana mempunyai berbagai pengaruh antara lain perbaikan sesuatu yang rusak dalam masyarakat dan pencegahan *general*.¹¹

Dalam teori ini, orientasi pelarangan hukum pidana ditujukan pada orang dan perbuatannya, konsep perbuatan yang dilakukan modifikasi doktrin *free will*, deduktif-induktif dan menggunakan konsep normatif-empirik. Teori ini menganggap pidana diperlukan dan bertujuan, tetapi bukan balas dendam, pidana merupakan bagian dari pertanggungjawaban pilihan bebas, tetapi dipertimbangkan kemungkinan faktor-faktor lain yang meringankan (eksternal-internal).

Perkembangan pemikiran pidana selanjutnya, pertanggungjawaban seseorang berdasarkan kesalahan harus diganti dengan sifat berbahayanya si pembuat (*etat dangerevix*). Bentuk pertanggungjawaban kepada si pembuat lebih bersifat tindakan untuk perlindungan masyarakat. Kalau digunakan istilah pidana, menurut aliran ini, pidana harus tetap diorientasikan pada sifat-sifat si pembuat. Jadi, aliran ini menghendaki adanya individualisasi pidana yang bertujuan mengadakan resosialisasi si pembuat.¹²

Di antara tokoh aliran modern adalah Lombroso, Lacassagne dan Ferri. Usaha dari tokoh-tokoh tersebut kemudian dilanjutkan oleh Von Liszt (Jerman, 1851-1919), A. Prins (Belgia, 1845-1919), dan Van Hamel (Belanda 1842-1917) yang pada 1888 mereka secara bersama-sama mendirikan *Union-Internationale de Droit Pend/Internationale Kriminologische Vereinigung (IKV)* atau *Internationale Association for Criminology*.

¹¹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori*, hlm. 19.

¹² Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum*, hlm. 79.

- Pemikiran yang menjadi landasan aktivitas *union* ini adalah:
- a. Fungsi utama hukum pidana adalah memerangi kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat;
 - b. Ilmu Hukum Pidana dan perundang-undangan hukum pidana harus memperhatikan hasil-hasil penelitian antropologis dan sosiologis;
 - c. Pidana merupakan salah satu alat yang paling ampuh yang dimiliki oleh negara untuk memerangi kejahatan. Namun pidana jangan diterapkan terpisah, melainkan selalu dalam kombinasi dengan tindakan-tindakan sosial lainnya, khususnya dalam kombinasi dengan tindakan-tindakan preventif.

Setelah Perang Dunia I, IKV tidak dilanjutkan lagi dan sebagai penggantinya timbul tiga perkumpulan internasional, yaitu:

- a. *De Association Internationale de droit penal* (1924)- dengan bertitik tolak pada perbandingan hukum, perhimpunan ini menangani masalah-masalah hukum pidana;
- b. *De Societe Internationale de Criminologie* (1937)- perhimpunan ini terutama menangani masalah-masalah kriminologi, khususnya masalah *recidive* dan *reddivisme*;
- c. *De Societe Internationale de Defense Sociale* (1949)- perhimpunan ini bertitik tolak dari perlindungan masyarakat terhadap individu yang kriminil; menangani baik masalah-masalah hukum pidana maupun masalah-masalah kriminologi dan di samping itu juga meninjau masalah-masalah ini dari sudut perlindungan individu terhadap negara yang berkuasa.

Setelah 1950 tugasnya diambil alih oleh bagian *Social Defence* PBB yang mengadakan kongres tiap 5 tahun. Pada tahun-tahun setelah Perang Dunia II, aliran modern ini berkembang menjadi apa

yang dikenal dengan aliran atau gerakan perlindungan masyarakat (*social defence*). Tokoh terkenal gerakan *social defence* ini adalah Filippo Gramatica yang pada 1945 mendirikan "Pusat Studi Perlindungan Masyarakat" (*The study-centre of social defence*) di Genoa.¹³

Aliran atau gerakan perlindungan masyarakat yang menjadi orientasi pelarangan hukum pidana adalah perlindungan masyarakat. Sasarannya, manusia dan perbuatannya. Konsep perbuatan yang dipergunakan sebagai kejahatan merupakan gejala yang manusiawi dan merupakan pernyataan dari seluruh kepribadian pelaku. Pidana dalam aliran ini, setelah diadili dan dipidana (diperbaiki) masih harus diberi kekuatan agar dapat "mengekang diri sendiri" dan memupuk perasaan tanggung jawab antar sesama manusia, aliran ini juga mengembangkan model pertanggungjawaban pelaku. Berdasarkan hal tersebut, Sudarto menyatakan:

"Dipidanya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi meskipun perbuatan tersebut memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dan tidak dibenarkan (*an objective breach of a penal provision*), namun hal tersebut belum memenuhi syarat untuk penjatuan pidana. Untuk pidana masih perlu adanya syarat bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjektive guilt*). Dengan perkataan lain, orang tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya baru dapat dipertanggungjawabkan kepada orang tersebut."¹⁴

¹³ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum*, hlm. 83.

¹⁴ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Badan Penyediaan Bahan-bahan Kuliah FH UNIP,

- 4) Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

Dalam hal ini juga dipandang perlu melakukan sebuah pendekatan *holistic* (secara menyeluruh, bersifat secara keseluruhan), yang kemudian tersimpul dalam beberapa kriteria yang patut dipertimbangkan, sebagaimana yang diajukan oleh Sudarto¹⁹ dalam menetapkan kriminalisasi, yaitu:

- 1) Hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri. Pemahaman dan perwujudan mengenai tujuan hukum pidana ini sangatlah perlu demi tercapainya kesejahteraan masyarakat dan anggota masyarakat secara seimbang.
- 2) Ukuran untuk menetapkan perbuatan yang tidak dikehendaki atau tidak disukai oleh masyarakat di samping ketercelaan tindakan tersebut juga karena perbuatan itu merugikan atau mendatangkan korban.
- 3) Harus diperhatikan *cost* dan *benefit principle*, artinya untuk mengkriminalisasikan harus seimbang dengan hasilnya.
- 4) Harus dipertimbangkan apakah kriminalisasi menambah beban aparat penegak hukum sehingga tidak sampai menimbulkan *overbelasting* (kelampauan beban tugas sehingga peraturan itu menjadi kurang efektif).

2. Sanksi Pidana dan Sanksi Tindakan dalam Hukum Positif

Sanksi pidana sesungguhnya bersifat reaktif terhadap suatu perbuatan, sedangkan sanksi tindakan lebih bersifat antisipatif terhadap pelaku perbuatan tersebut. Jika fokus sanksi pidana tertuju

¹⁹ Sudarto, *Hukum*, hlm. 45-50. Lihat juga, Teguh Prasetyo, Abdul Hakim Barkatullah, *Politik Hukum*, hlm. 42-43.

pada perbuatan salah seorang dengan pengenaan penderitaan (agar yang bersangkutan menjadi jera), maka fokus sanksi terarah pada upaya memberi pertolongan agar pelaku berubah.²⁰

Dengan demikian, sanksi pidana lebih menekankan unsur pembalasan (pengimbalan). Ia merupakan penderitaan yang sengaja dibebankan kepada si pelanggar. Sedangkan sanksi tindakan bersumber dari ide dasar perlindungan masyarakat dan pembinaan atau perawatan si pelanggar.²¹ Atau seperti dikatakan J.E. Jonkers, sanksi pidana dititikberatkan pada pidana yang diterapkan untuk kejahatan yang dilakukan, sedangkan sanksi tindakan mempunyai tujuan yang bersifat sosial.²²

Berdasarkan tujuannya, sanksi pidana dan sanksi tindakan juga bertolak dari ide dasar yang berbeda. Sanksi pidana bertujuan memberi penderitaan istimewa (*bijzonder lead*) kepada pelanggar supaya ia merasakan akibat perbuatannya. Selain ditujukan pada pengenaan penderitaan terhadap pelaku, sanksi pidana juga merupakan bentuk pernyataan pencelaan terhadap perbuatan si pelaku.

Dengan demikian, perbedaan prinsip antara sanksi pidana dengan sanksi tindakan terletak pada ada tidaknya unsur pencelaan, bukan pada ada tidaknya unsur penderitaan.²³ Sedangkan sanksi tindakan tujuannya lebih bersifat mendidik.²⁴ Jika ditinjau dari sudut teori-teori pemidanaan maka sanksi tindakan merupakan

²⁰ Bandingkan dengan Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Sistem*, hlm. 4.

²¹ Sudarto, *Hukum Pidana* (Semarang: Badan Penyediaan Kuliah FH -UNDIP, 1973), hlm. 7.

²² J.E. Jonkers, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda* (Jakarta: PT Bina Aksara, 1987), hlm. 350.

²³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Sistem*, hlm. 5.

²⁴ Utrecht, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana II* (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1987), hlm. 360.

sanksi yang tidak membalas. Ia semata-mata ditujukan pada preverensi khusus, yakni melindungi masyarakat dari ancaman yang dapat merugikan kepentingannya.²⁵ Singkatnya, sanksi pidana berorientasi pada ide pengenaan sanksi terhadap pelaku suatu perbuatan, sementara sanksi tindakan berorientasi pada ide perlindungan masyarakat.²⁶

Perbedaan orientasi ide dasar dari dua jenis sanksi tersebut (sanksi pidana dan sanksi tindakan) sebenarnya memiliki kaitan pula dengan paham filsafat yang memayunginya, yakni filsafat indeterminisme sebagai sumber ide sanksi pidana dan filsafat determinisme sebagai sumber ide sanksi tindakan. Sebagaimana diketahui, asumsi dasar filsafat indeterminisme adalah sejatinya manusia memiliki kehendak bebas, termasuk ketika ia melakukan kejahatan. Karenanya sebagai konsekuensi pilihan bebasnya, maka setiap pemidanaan harus diarahkan pada pencelaan moral dan pengenaan pendcritaan bagi pelaku.

Sedangkan determinisme bertolak dari asumsi bahwa keadaan hidup dan perilaku manusia, baik sebagai perorangan maupun sebagai kelompok masyarakat, ditentukan oleh faktor-faktor fisik geografis, biologis, psikologis, sosiologis, ekonomis dan keagamaan yang ada.²⁷ Dengan demikian, perilaku jahat seseorang ataupun masyarakat ditentukan oleh berbagai faktor itu, dan karenanya setiap pemidanaan hanya dapat dibenarkan dengan maksud merehabilitasi pelaku.

Perbedaan ide dasar antara sanksi pidana dan sanksi tindakan seperti tersebut di atas, dapat pula ditemukan dalam teori-teori

²⁵ Ibid.

²⁶ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, dari Retribusike Reformasi* (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1986), hlm. 53.

²⁷ A. Mangunhardjana, *Isme-isme dalam Etika: dan A sampai Z* (Yogyakarta: Kanisius, 1997), hlm. 41.

tentang tujuan pemidanaan. Substansi teori absolut ataupun teori relatif sesungguhnya berkisar pada perbedaan hakikat ide dasar sanksi pidana dan sanksi tindakan.

Teori absolut (*teori retributif*), misalnya, memandang bahwa pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan. Jadi berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori retributif mencari pendasaran pemidanaan dengan memandang ke masa lampau, yakni memusatkan argumennya pada tindakan kejahatan yang sudah dilakukan. Menurut Sahetapy,²⁸ teori absolut adalah teori tertua, setua sejarah manusia. Teori ini memandang pidana sebagai pembalasan terhadap pelaku kejahatan. Meskipun kecenderungan untuk membalas ini pada prinsipnya adalah suatu gejala yang normal, akan tetapi pembalasan tersebut harus dilihat sebagai suatu reaksi keras yang bersifat emosional dan karena itu irrasional.

Menurut teori ini, pemidanaan diberikan karena si pelaku harus menerima sanksi itu demi kesalahannya. Pemidanaan menjadi retribusi yang adil bagi kerugian yang sudah diakibatkan -karenanya teori ini disebut juga sebagai *teori proporsionalitas*. Demi alasan itu, pemidanaan dibenarkan secara moral.²⁹

Nigel Walker dalam *Sentencing in A Rational Society* menegaskan, asumsi lain yang dibangun atas dasar retributif adalah beratnya sanksi hukum berhubungan dengan besarnya kerugian yang ditimbulkan oleh pelanggar. Asumsi ini dimaksudkan dalam

²⁸ J.E. Sahetapy, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati terhadap Pembunuhan Berencana* (Jakarta: CV. Rajawali, 1982), hlm. 198.

²⁹ Teori retributif mempunyai akar yang panjang dalam sejarah. Kita bisa menemukan jejaknya dalam kitab-kitab perjanjian lama dan Talmud sampai pada pemikir-pemikir kontemporer seperti H.J. Me. Closkey, C.W.K. Mundle, Herbert Morris, Michael Davis, George Sher dan J.G. Murphy. Tetapi secara klasik, tak dapat disangkal bahwa Kant dan Hegel merupakan dua tokoh retributivis yang paling berpengaruh.

undang-undang yang memberi sanksi-sanksi pidana maksimum yang lebih kecil untuk usaha-usaha yang tidak berhasil daripada usaha-usaha yang berhasil.³⁰

Nigel Walker memberi contoh tentang pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan dengan tidak sengaja terkadang dibedakan sanksinya. Ancaman pidana maksimum terhadap pengemudi yang mengemudi dengan cara membahayakan adalah pidana penjara dua tahun. Tetapi mengemudi dengan cara membahayakan sehingga mengakibatkan kematian orang lain, diancam pidana maksimum lima tahun.

Selanjutnya Nigel Walker menjelaskan, ada dua golongan penganut teori retribusi. *Pertama*, penganut teori retributif murni yang memandang pidana sepadan dengan kesalahan si pelaku. *Kedua*, penganut teori retributif tidak murni, yang dipecah lagi menjadi:

- a. Penganut teori retributif terbatas (*The Limiting Retributivist*) yang berpandangan bahwa pidana tidak harus sepadan dengan kesalahan. Yang lebih penting adalah keadaan tidak menyenangkan yang ditimbulkan oleh sanksi dalam hukum pidana itu harus tidak melebihi batas-batas yang tepat untuk penetapan kesalahan pelanggaran.³¹
- b. Penganut teori retributif distribusi (*retribution in distribution*).

Penganut teori ini tidak hanya melepaskan gagasan bahwa sanksi dalam hukum pidana harus dirancang dengan pandangan pembalasan, namun juga gagasan bahwa seharusnya ada batas yang

³⁰ Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society* (New York: Basic Books Publishers, 1971), hlm. 8. Another assumption which is build upon a retributif foundation is that the severity of the sentence should be related to the amount of harm done by offence. This assumption is embodied in statutes which provide lesser maximum penalties for unsuccessful attempts than for successful attempts.

³¹ *Ibid.*, hlm. 37.

tepat dalam retribusi pada beratnya sanksi. Kaum retributif ini berpandangan, selama kita membatasi sanksi dalam hukum pidana pada orang-orang yang telah melakukan pelanggaran kejahatan dan tidak membenarkan sanksi ini digunakan pada orang yang bukan pelanggar maka harus diperhatikan prinsip retribusi yang menyatakan bahwa:

“Masyarakat tidak berhak menerapkan tindakan yang tak menyenangkan pada seseorang yang bertentangan dengan kehendak kecuali bila ia dengan sengaja melakukan sesuatu yang dilarang”.³²

Akhirnya Nigel Walker menjelaskan, bahwa hanya penganut teori retributif murni (*the pure retributivist*) yang mengemukakan dasar-dasar pembenaran untuk pembedaan.

Terhadap pertanyaan tentang sejauhmana pidana perlu diberikan kepada pelaku kejahatan, teori retributif menjelaskan sebagai berikut:

- a. Dengan pidana tersebut akan memuaskan perasaan balas dendam si korban, baik perasaan adil bagi dirinya, temannya, maupun keluarga. Perasaan tersebut tidak dapat dihindari dan tidak dapat dijadikan alasan untuk menuduh tidak menghargai hukum. Tipe retributif ini disebut *vindictive*.
- b. Pidana dimaksudkan untuk memberikan peringatan pada pelaku kejahatan dan anggota masyarakat yang lain bahwa setiap ancaman yang merugikan orang lain atau memperoleh keuntungan dari orang lain secara tidak wajar, akan menerima ganjarannya. Tipe retributif ini disebut *fairness*.

³² *Ibid.*, hlm. 15-16

yang bersangkutan telah melakukan kejahatan.³⁸ Dari latar belakang filsafat pemidanaan Immanuel Kant demikian lahir teori retributif yang mendasari tujuan pemidanaan yang intinya menitikberatkan pada pertanggungjawaban pelaku kejahatan terhadap korbannya.

Pada pihak lain, teori relatif (teori tujuan) berporos pada tiga tujuan utama pemidanaan, yaitu *preventif*, *deterrence*, dan *reformatif*.³⁹ Tujuan *prevention* dalam pemidanaan adalah untuk melindungi masyarakat, dengan menempatkan pelaku kejahatan terpisah dari masyarakat. Dalam kepustakaan pemidanaan, hal ini disebut *incapacitation*.⁴⁰

Tujuan menakuti atau *deterrence* dalam pemidanaan tidak lain agar timbul rasa takut untuk melakukan kejahatan. Tujuan ini, dibedakan dalam tiga bagian, yaitu tujuan yang bersifat individual, publik, dan yang bersifat jangka panjang. Tujuan *deterrence* yang bersifat individual dimaksudkan agar pelaku merasa jera untuk melakukan kembali kejahatan. Tujuan *deterrence* yang bersifat publik, agar anggota masyarakat lain merasa takut untuk melakukan kejahatan. Sedangkan tujuan *deterrence* yang bersifat jangka panjang atau *long term deterrence* adalah agar dapat memelihara

³⁸ Bandingkan dengan kata-kata Kant bahwa "Manusia harus membangun tatanan moral atas dasar otonomi imperatif moral, agar ia menghumanisasikan dunia dan manusia. Imperatif moral yang dimaksud di sini oleh Kant disebut juga imperatif kategoris, yaitu imperatif moral yang tidak bersyarat. Misalnya, "barang yang dipinjam harus dikembalikan." "Harus" begitu saja, tak tergantung dari konsekuensi atau faktor lain di luar keharusan itu. Lihat K. Bertens, *Filsuf-filsuf Besar tentang Manusia* (Yogyakarta: Kanisius, 2000), hlm. 94.

³⁹ Khusus mengenai tujuan *preventif* dan *deterrence*, salah seorang tokoh aliran Kaisik, Jeremy Bentham yang dikenal dengan ajaran utilitarianisme pernah mengajukan empat tujuan utama pidana: (1) mencegah semua pelanggaran, (2) mencegah pelanggaran yang paling jahat, (3) menekan kejahatan, dan (4) menekan kerugian/biaya sekecil-kecilnya. Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori*, hlm. 31.

⁴⁰ Menurut Sue Titus Reid, *incapacitation* merupakan salah satu dari empat filsafat pemidanaan.

keajegan sikap masyarakat terhadap pidana. Teori ini sering disebut sebagai *educative teory* atau *denunciation theory*.⁴¹

Teori relatif memandang, pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan si pelaku, tetapi sebagai sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan. Dari teori ini muncul tujuan pemidanaan sebagai sarana pencegahan, baik pencegahan khusus yang ditujukan pada si pelaku maupun pencegahan umum yang ditujukan pada masyarakat. Menurut Leonard Orland,⁴² teori relatif pemidanaan bertujuan mencegah dan mengurangi kejahatan. Pidana harus dimaksudkan untuk mengubah tingkah laku penjahat dan orang lain yang berpotensi atau cenderung melakukan kejahatan. Karena itu, teori relatif lebih melihat ke depan.

Teori ini, sampai derajat tertentu, dapat dilihat sebagai bentuk terapan secara terbatas dari prinsip dasar etika utilitarianisme yang menyatakan bahwa suatu tindakan dapat dibenarkan secara moral hanya sejauh konsekuensi- konsekuensinya untuk kebaikan sebanyak mungkin orang. Akibat-akibat positif yang diperhitungkan ada pada suatu tindakan dan merupakan kriteria satu-satunya bagi pembenaran sebuah tindakan.

Pemidanaan sebagai suatu tindakan terhadap penjahat, dapat dibenarkan secara moral bukan terutama karena si terpidana telah terbukti bersalah, melainkan karena pemidanaan itu mengandung konsekuensi-konsekuensi positif bagi si terpidana, korban dan juga orang lain dalam masyarakat. Karena itu, teori ini disebut juga sebagai teori konsekuensialisme.

⁴¹ Romli Atmasasmita, *Kapita*, hlm. 84.

⁴² Leonard Orland, *Justice, Punishment, Treatment The Correctional Process* (New York: Free Press, 1973), hlm. 184.

Menurut Karl O. Christiansen ada beberapa ciri pokok dari teori relatif ini, yaitu:

- a. *the purpose of punishment is prevention* (tujuan pidana adalah pencegahan)
- b. *prevention is not a final aim, but a means to more supreme aim, e. g. social welfare* (Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat);
- c. *only breaches of the law which are immutable to the perpetrator as intent or negligence quality for punishment* (Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja, misalnya kesengajaan atau kelalaian yang memenuhi syarat untuk adanya pidana);
- d. *the penalty shall be determined by its utility as an instrument for the prevention of crime* (Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat pencegahan kejahatan);
- e. *The punishment is prospective, it points into the future; it may contain as element of reproach, but neither reproach nor retributive elements can be accepted if they do not serve the prevention of crime for the benefit or social welfare.*⁴³ (Pidana melihat ke depan atau bersifat prospektif; ia mengandung unsur pencelaan tetapi baik unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima bila tak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat).

Dengan demikian menurut teori relatif, pidana bukan sekedar pembalasan terhadap orang yang telah melakukan kejahatan, tetapi lebih dari itu pidana mempunyai tujuan lain yang bermanfaat.

⁴³ *Ibid.*, hlm. 43.

Pidana ditetapkan bukan karena orang melakukan kejahatan, tetapi agar orang jangan melakukan kejahatan. Karena teori ini mempunyai tujuan-tujuan tertentu dalam pemidanaan maka teori relatif sering juga disebut teori tujuan (*utilitarian theory*).

Jadi, sanksi dalam teori absolut merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan pada pelaku kejahatan. Sanksi terletak pada ada atau tidak terjadinya kejahatan itu sendiri, yakni untuk memuaskan tuntutan keadilan. Sedangkan dalam teori relatif, sanksi ditekankan pada tujuannya. Sanksi dijatuhkan bukan karena orang telah melakukan kejahatan melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan. Karenanya, teori ini disebut juga teori perlindungan masyarakat.⁴⁴

Beratnya sanksi dan atau deteksi dan prosekusi kejahatan dibatasi hanya oleh pengertian (pemahaman) yang baik dari orang-orang yang menerapkannya. Dengan demikian, memidana orang yang tidak bersalah dapat memenuhi tujuan dari sistem sanksi seperti itu, sama mudahnya seperti memidana orang yang bersalah. Penyangkalan yang mudah atas jenis argumentasi ini adalah pemahaman yang baik selalu ada dalam hukum yang menetapkan batas-batas pada apa yang harus dialami oleh seseorang.

Dari perdebatan para ahli hukum pidana, terungkap dengan jelas bahwa sekalipun jenis sanksi pidana bersumber dari teori retributif memiliki kelemahan dari segi prinsip proporsionalitas tanggung jawab si pelaku kejahatan terhadap perbuatannya,⁴⁵ namun *retributif* tidak mungkin dihilangkan sama sekali. Kaum *retributif* justru telah menyumbangkan pikiran tentang pemidanaan

⁴⁴ Lihat Muladi & Barda Nawawi Arief, *Kapita*, hlm. 10 dan 16.

⁴⁵ Mengenai beberapa kritik terhadap retributif dapat dibaca dalam, Yong Ohoitumur, *Teori Etika tentang Hukuman Legal* (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1997), hlm. 17-23.

dari perspektif filsafat yang menghargai manusia sebagai individu yang matang dan bertanggung jawab sendiri atas perilaku dan tindakan-tindakannya. Tingkat kematangan dan tanggungjawab tersebut menentukan berat ringannya pemidanaan. Pertimbangan-pertimbangan semacam ini tidak menjadi unsur-unsur esensial dalam teori tujuan (*utilitarianisme*) tentang pemidanaan.⁴⁶

Gerber dan McAnany menyatakan, "kita dapat mulai dengan mengatakan bahwa sementara retribusi telah tidak populer, ia tidak pernah seluruhnya tersingkirkan. Bahkan dalam hari-harinya yang paling buruk, orang-orang mengakui bahwa sejauh apa pun kita bergerak ke arah rehabilitasi sebagai tujuan total, tetap saja harus ada pemidanaan. Kita tidak dapat berbuat tanpanya."⁴⁷

Demikian pula dengan rehabilitasi dan prevensi (sebagai tujuan utama dari jenis sanksi tindakan/*treatment*). Meski cara ini memiliki keistimewaan dari segi proses resosialisasi pelaku sehingga diharapkan mampu memulihkan kualitas sosial dan moral seseorang agar dapat berintegrasi lagi dalam masyarakat, namun terbukti kurang efektif memperbaiki seorang penjahat karena dianggap terlalu memanjakannya. Justru seperti dikatakan C.S. Lewis, rehabilitasi yang pendekatannya melalui *treatment* telah mengundang tirani individu dan penolakan terhadap hak asasi manusia.⁴⁸

Paham filsafat yang memiliki kesetaraan antara *punishment* dan *treatment* seperti tersebut di atas, adalah filsafat eksistensialisme dari Albert Camus. Camus mengakui justifikasi *punishment* bagi seorang pelanggar, karena *punishment* merupakan konsekuensi logis dari kebebasan yang disalahgunakan pelaku kejahatan.

⁴⁶ Ibid., hlm. 42.

⁴⁷ Rudolph J. Gerber and Patrick D. Mc Anany, *Philosophy of Punishment, The Sociology of Punishment*, terj. John Wiley and Sons (Inc: New York, 1970, hlm. 358.

⁴⁸ Ibid.

Menurut Camus, pelaku kejahatan tetap merupakan seorang *human offender*. Namun demikian, sebagai manusia, seorang pelaku kejahatan tetap pula bebas mempelajari nilai-nilai baru dan adaptasi baru. Oleh karena itu, pengenaan sanksi harus pula bersifat mendidik. Sebab, hanya dengan cara itu ia dapat kembali ke masyarakat sebagai manusia yang utuh.

Dalam filsafatnya, Camus jelas-jelas mengatakan kesetujuannya pada sanksi yang bersifat *punishment*. Meski demikian, pemidanaan dalam menggapai nilai-nilai baru dan penyesuaian baru. Pengenaan *punishment* terhadap seorang yang menyalahgunakan kebebasannya untuk melakukan pelanggaran, harus tetap dipertahankan. Namun pada waktu bersamaan si pelaku harus diarahkan lewat sanksi yang mendidik (*treatment*) untuk mencapai bentuknya yang lebih penuh sebagai manusia.⁴⁹

Jelaslah bahwa filsafat eksistensialisme Camus mengakui justifikasi *punishment* di satu pihak, dan manfaat *treatment* di pihak lain. Pengakuan terhadap peran dua jenis sanksi tersebut merupakan konsekuensi logis dari konsep Camus mengenai *human offender* di satu sisi, dan *human power* di sisi lain. *Human offender* menunjuk pada fakta bahwa seseorang telah menyalahgunakan kebebasannya untuk melanggar sehingga ia harus dikenai sanksi pidana (*punishment*) sebagai imbalannya. Sedangkan *human power* menunjuk pada arti kebebasan sebagai kekuatan manusia untuk mengaktualisasikan diri sebagai manusia. Dalam hal ini, seorang pelaku kejahatan membutuhkan sanksi yang bersifat *treatment*.

Dari sudut ide dasar *double track system*, kesetaraan kedudukan sanksi pidana dan sanksi tindakan sangat bermanfaat

⁴⁹ Disarikan dari *Ibid.*, hlm. 340-342, selanjutnya bagaimana Camus telah meletakkan dasar-dasar moral hak asasi manusia, lihat Mite Sisifus, *Pergulatan dengan Absurditas*, terj. Apsanti D. (Jakarta: PT. Gramedia, 1999), hlm. 43.

untuk memaksimalkan penggunaan kedua jenis sanksi tersebut secara tepat dan proporsional. Sebab, kebijakan sanksi yang integral dan seimbang (sanksi pidana dan tindakan), selain menghindari penerapan sanksi yang fragmentaristik (yang terlalu menekankan pada sanksi pidana), juga menjamin keterpaduan sistem sanksi yang bersifat individual dan sistem sanksi yang bersifat fungsional. Seperti apa yang dikatakan oleh Hart,⁵⁰ bahwa suatu teori pemidanaan yang secara moral dapat diterima, harus mampu memperlihatkan kompleksitas dari pemidanaan dan menguraikannya sebagai suatu kompromi antara prinsip-prinsip yang berbeda dan saling bertentangan. Untuk itu, setiap pemidanaan berdimensi majemuk dan setiap segi perlu diperhatikan secara terpisah tapi tetap dalam kaitan dengan totalitas sistem hukum. Dapat saja dalam satu perkara dimensi retributif lebih dominan, tapi pada perkara lain prinsip kemanfaatan (*teleologis*) lebih unggul. Setiap dimensi yang dominan, menurut Hart, bisa menjadi relevan sebagai dasar justifikasi pemidanaan.

1. Tujuan Hukuman dalam Hukum Pidana Nasional

Menurut Wirdjono Prodjodikoro, bahwa tujuan hukuman pemidanaan adalah sebagai berikut:

- a. Untuk menakut-nakuti orang jangan sampai melakukan kejahatan, baik secara menakut-nakuti orang banyak (*general preventive*) atau orang tertentu yang mudah melakukan kejahatan agar di kemudian hari tidak melakukan lagi.
- b. Untuk mendidik atau memperbaiki orang-orang yang sudah menandakan suka melakukan kejahatan, agar orang menjadi baik tabiatnya, sehingga bermanfaat bagi masyarakat.⁵¹

⁵⁰ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in Philosophy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1968, hlm. 1.

⁵¹ Wirdjono, *Asas-asas Hukum Pidana*, hlm. 18.

Berdasarkan tujuan pemidanaan di atas, maka pencegahan dapat digolongkan ke dalam:

1. *general preventive* (pencegahan umum); dan
2. *speciale preventive* (pencegahan khusus)

Tujuan dari *general preventive* adalah agar setiap orang tidak melakukan kejahatan. Pada prinsipnya pencegahan umum dilakukan dengan empat cara:

- a) Dengan jalan menakut-nakuti orang yang mempunyai potensi untuk melakukan kejahatan.
- b) Dengan jalan menormakan, bahwa adalah salah jika kelakuan-kelakuan yang dimaksud dalam pengumuman sampai dilakukan.
- c) Dengan jalan pembalasan secara empiris.
- d) Dengan jalan membuat tidak muncul bahaya, misalnya dengan jalan menahan pemimpin-pemimpin kelompok penjahat.⁵²

Tujuan dari *special preventive* adalah agar orang yang pernah melakukan tindak pidana tidak mengulangi lagi pada masa yang akan datang. Adapun langkah-langkah yang dilakukan adalah:

- 1) Perbaikan yuridis; mengenai sikap penjahat dalam hal mentaati hukum dan undang-undang.
- 2) Perbaikan intelektual; mengenai cara berpikir si penjahat agar ia insaf akan jeleknya kejahatan.
- 3) Perbaikan moral; mengenai rasa kesusilaan penjahat, agar ia menjadi orang yang bermoral tinggi.

Berdasarkan beberapa pendapat di atas, penulis dapat menyimpulkan bahwa tujuan penghukuman dalam ilmu hukum adalah:

⁵² Roeslan Saleh, *Asas-Asas Hukum Pidana* (Jakarta: Aneka, 1983), hlm. 47.

- 1) Menakut-nakuti orang agar tidak berbuat tindak pidana.
- 2) Mencegah agar seseorang tidak melakukan tindak pidana.
- 3) Mendidik narapidana agar menjadi orang baik dan bermanfaat bagi masyarakat. Tujuan penghukuman itu diharapkan berfungsi ganda, yaitu bagi orang yang tidak (belum) melakukan tindak pidana dan orang yang telah melakukan tindak pidana.

B. Dasar Penentuan Tindak Pidana dan Sanksinya dalam Hukum Islam

1. Pengertian Pidana dalam Islam

Pidana Islam dalam kosakata bahasa Arab adalah 'uqūbah (العقوبة). Uqūbah menurut bahasa, berkedudukan sebagai isim *maṣḍar* yang berasal dari عقابا عقوبة- يعقب- يعقوب yang berarti الجزاء بالشر yaitu pembalasan dengan keburukan (siksaan)⁵³, hukuman, pidana, balasan dan menahan.⁵⁴

Pengertian pidana Islam secara terminologi, yaitu:

العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان امر
الشارع⁵⁵

Artinya: Pidana adalah balasan yang ditetapkan untuk kemaslahatan umat terhadap pelanggaran perintah Syari (Allah swt dan Rasul-Nya).

Dalam definisi lain, yaitu:

⁵³ Lowis Ma'luf, *al-Munjid fi al-Lughah wa al-I'lam* (Beirut: Dar al-Masyriq, 1975), hlm. 518.

⁵⁴ Ahmad Warson Munawir, *Kamus Arab Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Progresif, t.th.), hlm. 1022-1023.

⁵⁵ Abd. Qadir Audah, *at-Tasyri' al-Jinā'i al-Islāmī* (Kairo: Dar at-Turas, t.th.), hlm. 20.

لعقوبة هي جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه
وترك ما أمر به⁵⁶

Artinya: Uqubah adalah balasan yang dibuat Syari (Allah dan Rasul-Nya) untuk menolak atau mencegah dari mengerjakan perbuatan yang dilarang, dan meninggalkan perbuatan yang diperintah.

Berdasarkan definisi di atas, menurut penulis, pidana dalam Islam harus memenuhi kriteria-kriteria sebagai berikut:

- a. Sanksi itu adalah produk Allah swt.
- b. Sanksi bertujuan untuk kemaslahatan umat
- c. Sanksi itu dibuat untuk orang yang melanggar perintah Allah swt atau larangannya.

Sementara itu, secara etimologis tindak pidana dalam hukum Islam disebut jarimah (الجريمة) atau jinayah (الجنائية). Secara etimologi jarimah adalah:

الجريمة هي الجرم والذنب والخطأ⁵⁷

Artinya: Jarimah yaitu melukai, berbuat dosa dan kesalahan

Menurut Ahmad Warson Munawwir, jarimah secara etimologis berarti berbuat dosa atau kesalahan, berbuat kejahatan dan delik.⁵⁸

Pengertian jarimah secara terminologis adalah:

⁵⁶ Ahmad Fatih Bahasi, *As-Siyāsah al-Jinā'iyyah fi as-Siyāsah al-Islāmiyyah* (Mesir: Dar al-'Arabiah, 1165), hlm. 213.

⁵⁷ Lowis Ma'luf, *al-Munjid*, hlm. 88.

⁵⁸ Ahmad Warson Munawir, *Kamus Arab*, hlm. 201.

Sebagaimana disebutkan di atas, pengertian jarimah ialah larangan-larangan syara' yang diancam dengan hukuman had atau hukuman ta'zir. Larangan tersebut adakalanya berupa perbuatan yang diharamkan, atau meninggalkan yang disuruh. Juga telah disebutkan, bahwa dengan penyebutan kata-kata "Syara'", dimaksudkan bahwa larangan-larangan harus datang dari ketentuan-ketentuan (*nuṣūṣ*) syara', dan berbuat atau tidak berbuat baru dianggap sebagai jarimah, apabila diancam hukuman terhadapnya.

Karena perintah-perintah dan larangan-larangan tersebut datang dari syara', maka perintah-perintah dan larangan-larangan itu hanya ditujukan kepada orang yang berakal sehat dan dapat memahami pembebanan (*taklif*), sebab pembebanan itu artinya panggilan (*khiṭāb*), dan selain orang seperti hewan dan benda-benda mati tidak dapat memahami, dengan begitu tidak mungkin menjadi obyek panggilan tersebut.

Bahkan orang yang dapat memahami pokok panggilan (*khiṭāb*), tetapi tidak mengetahui perincian-perinciannya, apakah berupa perintah atau larangan, apakah akan membawa pahala atau siksa, seperti orang gila dan anak-anak yang belum *tamyīz*, maka keduanya dipersamakan dengan hewan dan benda-benda mati. Oleh karena itu sukar diberi pembebanan (*taklif*), karena untuk memahami pembebanan tersebut, bukan saja diperlukan pengertiannya terhadap pokok panggilan, tetapi juga diperlukan pengertiannya terhadap perincian-perinciannya.

Dari pernyataan di atas, setiap jarimah harus mempunyai unsur-unsur umum yang harus dipenuhi, yaitu:

- 1- أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها وهو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعي على الجريمة.

- 2- إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلا أو امتناعا وهذا مانسميه بالركن المادي للجريمة
- 3- أن يكون الجاني مكلفا أى مسئولاً عن الجريمة وهذا مانسميه بالركن الأدبي⁶³

Artinya:

1. "Ada nash yang melarang tindak pidana dan ada pula sanksinya. Ini kami namakan dalam istilah undang-undang dengan *ar-rukn asy-syar'i* (unsur formil) untuk jarimah."

Dari sini muncul asas legalitas dalam hukum pidana Islam yang berdasar pada Al-Qur'an, hadis maupun ijtihad. Para penegak hukum (polisi, jaksa, advokat dan hakim) harus mengetahui bahwa sanksi pidana dalam Islam bersumber dalam Al-Qur'an, hadis dan *ijma'* atau bersumber dari *ulul amri* (penguasa), suatu peraturan perundang-undangan yang disusun dan disahkan oleh penguasa (lembaga legislatif dan eksekutif). Peraturan perundang-undangan itu tidak boleh bertentangan dengan Al-Qur'an dan hadis.

2. Adanya perbuatan yang berbentuk jarimah, baik berupa perbuatan atau sikap tidak berbuat. Ini kami menamakannya dengan *ar-rukn al-mādi* (unsur materiil) untuk *jarimah*.
3. Adanya pelaku tindak pidana tersebut adalah orang yang mukallaf (cakap hukum), yaitu orang yang dapat dimintai pertanggungjawabannya. Ini kami menamakannya dengan *ar-rukn al-adabi* (unsur moril).

⁶³ At-Tasyrī' al-Jinā'i al-Islāmī Muqāraran bil Qanūn al-Qad'iyy (Kairo: Dār at-Turās, 2005), hlm. 68.

atas kesalahannya harus bermaksud melakukan ihsan dan memberikan rahmat kepadanya, seperti seorang bapak yang memberi pelajaran kepada anaknya, dan seperti seorang dokter yang mengobati pasiennya.¹²⁵

C. Perspektif Ta'zir Pemidanaan dan Kebijakan Pemidanaan Kontemporer

1. Konsep Ta'zir dalam Sistem Hukum Pidana Islam

Ta'zir menurut bahasa adalah *maṣḍar* (kata dasar) bagi 'azzara yang berarti menolak dan mencegah kejahatan, juga berarti menguatkan, memuliakan, membantu.¹²⁶ Dalam Al-Qur'an disebutkan:

لَتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ بُكْرَةً وَأَصِيلًا¹²⁷

“Supaya kamu sekalian beriman kepada Allah dan Rasul-Nya, menguatkan (agama)Nya, membesarkan-Nya, dan bertasbih kepada-Nya di waktu pagi dan petang.”

الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ

¹²⁵ Q.S. Al-Fatah (48): 9.

¹²⁶ Q.S. Al-A'raf (7): 157.

¹²⁷ Abu Hasan Ali Al-Mawardi, *Kitab al-Aḥkām as-Sulṭāniyyah*, hlm. 236.

عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ۚ فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنْزِلَ مَعَهُ ۙ أُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ¹²⁸

(yaitu) orang-orang yang mengikut rasul, nabi yang ummi yang (namanya) mereka dapati tertulis di dalam Taurat dan Injil yang ada di sisi mereka, yang menyuruh mereka mengerjakan yang ma'ruf dan melarang mereka dari mengerjakan yang mungkar dan menghalalkan bagi mereka segala yang baik dan mengharamkan bagi mereka segala yang buruk dan membuang dari mereka beban-beban dan belenggu-belenggu yang ada pada mereka. Maka orang-orang yang beriman kepadanya memuliakannya, menolongnya dan mengikuti cahaya yang terang yang diturunkan kepadanya (al-Quran), mereka itulah orang-orang yang beruntung.

وَلَقَدْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَءِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا ۖ وَقَالَ اللَّهُ إِنِّي مَعَكُمْ ۖ لَئِنْ أَقَمْتُمُ الصَّلَاةَ وَآتَيْتُمُ الزَّكَاةَ وَآمَنْتُمْ بِرُسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ وَأَقْرَضْتُمُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَلَأُدْخِلَنَّكُمْ جَنَّاتٍ

¹²⁸ Wahbah Zuhaili, *al-Fiqh al-Islām wa Adillatuhu*, jilid VI: (Damaskus: Dar al-Fikr, 1989), hlm. 197.

تَجَرَّى مِنْ تَحْتِهَا الْأَتَهَرُ¹²⁹ فَمَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْكُمْ
فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ ۝

Dan sesungguhnya Allah telah mengambil perjanjian (dari) Bani Israil dan Telah kami angkat di antara mereka 12 orang pemimpin dan Allah berfirman: "Sesungguhnya Aku beserta kamu, sesungguhnya jika kamu mendirikan shalat dan menunaikan zakat serta beriman kepada rasul-rasul-Ku dan kamu bantu mereka dan kamu pinjamkan kepada Allah pinjaman yang baik. Sesungguhnya aku akan menutupi dosa-dosamu. Dan sesungguhnya kamu akan kumasukkan ke dalam surga yang mengalir air di dalamnya sungai-sungai. Maka barangsiapa yang kafir di antaramu sesudah itu, sesungguhnya ia telah tersesat dari jalan yang lurus.

Disebut dengan ta'zir karena hukuman tersebut sebenarnya menghalangi si terhukum untuk tidak kembali kepada jarimah, atau dengan kata lain membuatnya jera.

Menurut istilah, ta'zir didefinisikan oleh al-Mawardi sebagai berikut:

والتعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود¹³⁰

Ta'zir adalah hukuman yang bersifat pendidikan atas perbuatan dosa (maksiat) yang hukumannya belum ditetapkan oleh syara'.

¹²⁹ Q.S. an-Nisā (4): 59.

¹³⁰ Lihat Abū Dāwud, *Sunan Abū Dāwud*, "Kitāb al-'Aqdiyah", "Bāb Ijtihād al-Ra'y fi al-Qaḍā", Jilid III (Kairo: Matba'ah Mustafa Mahmud, 1950), hlm. 295.

Wahbah Zuhaili memberikan definisi ta'zir yang mirip dengan definisi Al-Mawardi:

وهو شرعا: العقوبة المشروعة على معصية أو جناية لآحد فيها ولا كفارة¹³¹

Ta'zir menurut syara' adalah hukuman yang ditetapkan atas perbuatan maksiat atau jinayah yang tidak dikenakan hukuman had dan tidak pula kaffarat.

Dari definisi-definisi yang dikemukakan di atas, jelaslah bahwa ta'zir adalah suatu istilah untuk hukuman atas jarimah-jarimah yang hukumannya belum ditentukan oleh syara'. Jadi, istilah ta'zir bisa digunakan untuk hukuman dan bisa juga untuk jarimah (tindak pidana).

Para fuqaha sepakat mengartikan ta'zir dengan hukuman yang tidak ditentukan oleh Al-Qur'an dan hadis yang berkaitan dengan kejahatan yang melanggar hak Allah dan hak hamba¹³² yang berfungsi untuk memberi pelajaran kepada si terhukum dan mencegahnya untuk tidak mengulangi kejahatan serupa. Muhammad Abu Zahrah memberikan contoh beberapa pelanggaran yang berkaitan dengan hak Allah daan pelakunya harus dihukum ta'zir seperti perbuatan dan ajaran-ajaran bid'ah yang merusak dan mengacaukan kebenaran agama Islam, mencaci Nabi Muhammad saw., melecehkannya, penculikan dan perdagangan bayi dan wanita untuk dipekerjakan menjadi PSK (pekerja seks komersial), produsen dan pengedar khamr/narkoba, manipulasi dan penipuan-

¹³¹ Q.S. Al-Muthaffifin (83): 3.

¹³² Q.S. Al-Baqarah (2): 283.

penipuan dalam berbisnis, *gasab*, *risywah*, memakan riba dan kesaksian palsu.¹³³

Adapun beberapa contoh pelanggaran yang berkaitan dengan hak manusia, Abu Zahrah mengemukakan seperti dalam kasus pembunuhan sengaja (*syibhu amdin*). Dalam hal ini, disamping adanya kewajiban pemberian diyat oleh pelaku kepada keluarga korban, masih terdapat satu sanksi hukum berupa ta'zir untuk memelihara hak manusia. Demikian pula dalam masalah penganiayaan yang tidak mungkin dihukum *qisas*, juga berlaku hukuman ta'zir. Contoh lain bisa terjadi pada percobaan tindak pidana pembunuhan dan percobaan-percobaan tindak pidana yang lain termasuk dalam kasus penyekapan manusia dalam waktu lama atau hanya sebentar.¹³⁴

Dari definisi-definisi yang dikemukakan di atas dapat juga dipahami bahwa jarimah ta'zir terdiri atas perbuatan-perbuatan maksiat yang tidak dikenakan hukuman had dan tidak pula kaffarat. Dengan demikian, inti dari jarimah ta'zir adalah perbuatan maksiat. Adapun yang dimaksud dengan maksiat adalah meninggalkan perbuatan yang diwajibkan dan melakukan perbuatan yang diharamkan (dilarang). Para fuqaha memberikan contoh meninggalkan kewajiban seperti menolak membayar zakat, meninggalkan shalat fardlu, enggan membayar utang padahal mampu, mengkhianati amanah; seperti menggelapkan titipan, memanipulasi harta anak yatim, hasil wakaf, dan lain sebagainya.¹³⁵

Para ulama pada umumnya memperbolehkan penggabungan antara had dan ta'zir selama memungkinkan. Misalnya dalam mazhab Hanafi, pezina yang *gairu muhsan* dijilid 100x sebagai had

¹³³ QS. Al-Baqarah (2): 278.

¹³⁴ *Ibid.*, hlm. 61.

¹³⁵ Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 83.

lalu dibuang satu tahun sebagai ta'zir bila *ulul amri* menganggap padanya adanya masalah. Demikian pula dalam mazhab Maliki dan mazhab Syafi'i penggabungan antara had dan ta'zir diperbolehkan, seperti mengalungkan tangan pencuri setelah dipotong dan menambahkan 40x jilid bagi peminum khamr.¹³⁶ Abdul Qadir Audah membagi jarimah ta'zir menjadi tiga, yaitu:

- 1) Jarimah hudud dan *qisas* diyat yang mengandung unsur shubhat atau tidak memenuhi syarat, namun hal itu sudah dianggap sebagai perbuatan maksiat, seperti pencurian harta syirkah, pembunuhan ayah terhadap anaknya, dan pencurian yang bukan harta benda.
- 2) Jarimah ta'zir yang jenis jarimahnya ditentukan oleh nas, tetapi sanksinya oleh syariah diserahkan kepada penguasa, seperti sumpah palsu, saksi palsu, mengurangi timbangan, menipu, mengingkari janji, mengkhianati amanah, dan menghina agama.
- 3) Jarimah ta'zir dimana jenis jarimah dan sanksinya secara penuh menjadi wewenang penguasa demi terealisasinya kemaslahatan umat. Dalam hal ini unsur akhlak menjadi pertimbangan yang paling utama. Misalnya pelanggaran terhadap peraturan lingkungan hidup, lalu lintas, dan pelanggaran terhadap pemerintah lainnya.¹³⁷

Abdul Aziz Amir membagi jarimah ta'zir secara rinci kepada beberapa bagian, yaitu:

- 1) Jarimah ta'zir yang berkaitan dengan pembunuhan.
- 2) Jarimah ta'zir yang berkaitan dengan pelukaan.
- 3) Jarimah ta'zir yang berkaitan dengan kejahatan terhadap kehormatan dan kerusakan akhlak.

¹³⁶ A. Jazuli, *Fikih Jinayah*, hlm. 161.

¹³⁷ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyir*, I:15.

- 4) Jarimah ta'zir yang berkaitan dengan harta.
- 5) Jarimah ta'zir yang berkaitan dengan kemaslahatan individu.
- 6) Jarimah ta'zir yang berkaitan dengan keamanan umum.¹³⁸

Jenis-jenis ppidanaan dalam bentuk ta'zir ini akan berkembang sesuai dengan perkembangan ilmu dan teknologi, perubahan situasi, kemajuan zaman dan pergeseran pola pikir manusia dan dapat ditentukan kemudian.

Dalam menetapkan jarimah ta'zir, prinsip utama yang menjadi acuan penguasa (hakim) adalah menjaga kepentingan umum dan melindungi setiap anggota masyarakat dari kemudhartan (bahaya). Di samping itu, penegakkan jarimah ta'zir harus sesuai dengan prinsip syar'i.

Maksud utama adanya sanksi ta'zir adalah sebagai preventif dan represif serta kuratif dan edukatif. Atas dasar ini sanksi ta'zir tidak boleh membawa kehancuran. Adapun yang dimaksud dengan fungsi preventif adalah bahwa sanksi ta'zir harus memberikan dampak positif bagi orang lain (orang yang tidak dikenai hukuman ta'zir), sehingga orang lain tidak melakukan perbuatan yang sama dengan perbuatan terhukum.

Selanjutnya, yang dimaksud dengan fungsi represif adalah bahwa sanksi ta'zir harus memberikan dampak positif bagi si terhukum, sehingga ia tidak lagi melakukan perbuatan yang menyebabkan dirinya dijatuhi hukuman ta'zir. Oleh karena itu, sanksi ta'zir itu, baik dalam fungsinya sebagai usaha preventif maupun represif, harus sesuai dengan keperluan, tidak lebih dan tidak kurang dengan menerapkan prinsip keadilan.

¹³⁸ Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 91-100.

Sementara yang dimaksud dengan fungsi kuratif (*islāh*) adalah bahwa sanksi ta'zir harus mampu membawa perbaikan sikap dan perilaku terhukum di kemudian hari. Fungsi edukatif sendiri masudnya adalah bahwa sanksi ta'zir harus mampu menumbuhkan hasrat terhukum untuk mengubah pola hidupnya sehingga ia akan menjauhi perbuatan maksiat bukan karena takut hukuman melainkan semata-mata karena tidak senang terhadap kejahatan. Sudah tentu sangat penting dalam hal ini pendidikan agama sebagai sarana memperkuat keimanan dan ketakwaannya, sehingga ia menjauhi segala macam perbuatan maksiat untuk mencari keridaan Allah swt.¹³⁹

2. Sumber-sumber Hukum Ta'zir dalam Pidana Islam

Menurut konsensus ulama fikih bahwa sumber hukum Islam yang telah disepakati pada umumnya (*al-adillah al-muttafaq 'alaiha*) yaitu Al-Qur'an, hadis, ijma' dan qiyas.¹⁴⁰ Tiga diantaranya selain qiyas, telah disepakati sebagai sumber hukum pidana Islam material; sedangkan qiyas, masih diperselisihkan. Ada yang berpendapat bahwa qiyas hanya dapat digunakan sebagai sumber hukum acara pidana Islam (hukum pidana Islam formil).¹⁴¹

Disamping itu adapula sumber-sumber hukum Islam yang masih diperselisihkan kekuatan mengikatnya, yaitu *istihsān*, *istiḥāb*, *maṣlaḥah al-mursalah* (*adillah al-mukhtalaf fiha*), *'urf* dan *mazhab ṣaḥābi*. Meskipun demikian, para ulama sepakat bahwa sumber-sumber tersebut dapat dijadikan sumber hukum bagi hukum acara pidana Islam.

¹³⁹ A. Jazuli, *Fikih Jinayah*, hlm. 186-187.

¹⁴⁰ Abd al-Wahhāb Khallāf, *Ilm Uṣūl al-Fiqh* (Kuwait: Dār al-Qalam, t.th.), hlm. 20.

¹⁴¹ Abd. Salam Arief, *Fikih Jinayat* (Yogyakarta: Ideal, 2004), hlm. 11. Lihat juga Ahmad Hanafi, *Asas-asas*, hlm. 22.

Diantara semua sumber hukum di atas, hanya Al-Qur'an dan hadis yang berisi aturan-aturan pokok yang bersifat umum. Sedangkan sumber-sumber hukum lainnya, pada dasarnya adalah perluasan dari kedua sumber hukum yang pokok tersebut. Oleh karena itu, sumber-sumber hukum lainnya tidak boleh bertentangan dengan kedua sumber hukum pokok yaitu Al-Qur'an dan al-hadis.

Keragaman sumber tersebut keberadaannya didasarkan pada firman Allah:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا¹⁴²

Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul-Nya, dan *ulil amri* di antara kamu. Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah kepada Allah (al-Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian, yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.

Sedangkan ulama usul fikih lainnya menambahkan alasan yaitu hadis Rasulullah ketika menugaskan Mu'az ibn Jabbal ke Yaman menjadi *qādi* (hakim). Ketika itu Rasulullah saw menafsirkan bagaimana cara Mu'az dalam menetapkan hukum suatu masalah.

¹⁴² Q.S. an-Nisā (4): 59.

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال له: "كيف تقضى إذا عرض لك قضاء؟" قال أقضى بما في كتاب الله. قال: "فأين لم يكن في كتاب الله؟" قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: "فأين لم يكن في سنة رسول الله؟" قال أجتهد رأيي ولا ألو. قال رسول الله: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله.¹⁴³

Rasulullah ketika menugaskan Mu'az Ibn Jabal ke Yaman dan bertanya kepada Muaz: Hai Muaz, bagaimana kamu memutuskan suatu perkara jika ada suatu kasus? Muaz menjawab: Aku memutuskan dengan kitab Allah? jika tidak ada dalam kitab Allah dengan apa kamu memutuskan? Mu'az menjawab dengan sunnah Rasulullah, jika tidak ada dalam sunnah, dengan apa kamu memutuskan? Muaz menjawab, "Aku akan berijtihad dan tidak akan kembali. Rasulullah berkata: Maha suci Allah yang telah meridai utusan Rasulullah.

Secara umum ayat-ayat dan hadis yang berhubungan dengan ta'zir adalah sebagai berikut:

a. Mengicuh timbangan:

وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ

Dan apabila mereka menakar atau menimbang untuk orang lain, mereka mengurangi.¹⁴⁴

¹⁴³ Lihat Abū Dāwud, Sunan Abū Dāwud, "Kitāb al-'Aqḍiyah", "Bāb Ijtihād al-Ra'y fi al-Qaḍā", Jilid III (Kairo: Matba'ah Mustafa Mahmud, 1950), hlm. 295.

¹⁴⁴ Q.S. Al-Muthaffin (83): 3.

b. Melakukan saksi palsu:

وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَيْنْ مَقْبُوضَةً فَإِنْ
أَمِنْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُوتِيَ أَمْنَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ
رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ
وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ¹⁴⁵

Jika kamu dalam perjalanan (dan bermu'amalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, Maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (hutangnya) dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya; dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikan persaksian. dan barangsiapa yang menyembunyikannya, maka Sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya; dan Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.

c. Mengenai praktik riba:

الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي
يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ

¹⁴⁵ Q.S. Al-Baqarah (2): 283.

الرِّبَا¹⁴⁶ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ
رَبِّهِ فَاتَّبَعَهَا فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَٰئِكَ
أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ¹⁴⁷

Orang-orang yang makan (mengambil) riba tidak dapat berdiri melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan syaitan lantaran (tekanan) penyakit gila. keadaan mereka yang demikian itu, adalah disebabkan mereka berkata (berpendapat), sesungguhnya jual beli itu sama dengan riba, padahal Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba. orang-orang yang telah sampai kepadanya larangan dari Tuhannya, lalu terus berhenti (dari mengambil riba), Maka baginya apa yang telah diambilnya dahulu (sebelum datang larangan); dan urusannya (terserah) kepada Allah. orang yang kembali (mengambil riba), maka orang itu adalah penghuni-penghuni neraka; mereka kekal di dalamnya.

يَتَّيْنَهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا
إِنْ كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ

Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kepada Allah dan tinggalkan sisa riba (yang belum dipungut) jika kamu orang-orang yang beriman.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Q.S. Al-Baqarah (2): 275.

¹⁴⁷ QS. Al-Baqarah (2): 278.

dari sepuluh kali cambukan, untuk membedakan dengan jarimah hudud. Dengan batas hukuman ini dapat diketahui mana yang termasuk jarimah hudud dan yang termasuk jarimah ta'zir. Menurut al-Kahlani, para ulama sepakat bahwa yang termasuk jarimah hudud adalah zina, pencurian, minum khamr, hirabah, qazaf, murtad dan pembunuhan. Selain dari jarimah-jarimah tersebut termasuk jarimah ta'zir.¹⁵³

4. Konstruksi Konseptual Ta'zir Pemidanaan

Dalam penjelasan di atas telah dikemukakan bahwa hukuman ta'zir adalah hukuman yang belum ditentukan oleh syara' dan diserahkan kepada *ulul amri* untuk menetapkan. Hukuman-hukuman ta'zir banyak jumlahnya, yang dimulai dari hukuman paling ringan sampai hukuman yang terberat. Hakim diberi wewenang untuk memilih diantara hukuman-hukuman tersebut, yaitu hukuman yang sesuai dengan keadaan jarimah serta diri pembuatnya.

Secara garis besar hukuman-hukuman ta'zir dapat dikelompokkan kepada empat kelompok, yaitu:

- Hukuman ta'zir yang mengenai badan, seperti hukuman mati dan jilid (dera).
- Hukuman yang berkaitan dengan kemerdekaan seseorang, seperti hukuman penjara dan pengasingan.
- Hukuman ta'zir yang berkaitan dengan harta, seperti denda, penyitaan/perampasan harta, dan penghancuran barang.
- Hukuman-hukuman lain yang ditentukan oleh *ulul amri* demi kemaslahatan umum.¹⁵⁴

¹⁵³ *Ibid.*, hlm. 37.

¹⁵⁴ Juga A. Jazuli, *Fikih Jinayah*, hlm. 185.

Adapun penjelasannya adalah sebagai berikut:

a. Hukuman Mati

Pada dasarnya menurut syariah Islam, hukuman ta'zir adalah untuk memberikan pengajaran (*ta'dib*) dan tidak sampai membinasakan. Oleh karena itu, dalam hukum ta'zir tidak boleh ada pemotongan anggota badan atau penghilangan nyawa. Akan tetapi, beberapa fuqaha memberikan pengecualian dari aturan umum tersebut, yaitu kebolehan dijatuhkan hukuman mati jika kepentingan umum menghendaki demikian, atau kalau pemberantasan tidak bisa terlaksana kecuali dengan jalan membunuhnya, seperti mata-mata, pembuat fitnah, residivis yang membahayakan, dan lain-lain. Namun menurut sebagian fuqaha yang lain, di dalam jarimah ta'zir tidak ada hukuman mati.¹⁵⁵

b. Hukuman Jilid

Di kalangan fuqaha terjadi perbedaan tentang batas tertinggi hukuman jilid dalam ta'zir. Menurut pendapat yang terkenal di kalangan ulama Maliki, batas tertinggi diserahkan kepada penguasa karena hukuman ta'zir didasarkan atas kemaslahatan masyarakat dan atas dasar berat ringannya jarimah. Imam Abu Hanifah dan Muhammad berpendapat bahwa batas tertinggi hukuman jilid dalam ta'zir adalah 39 kali, dan menurut Abu Yusuf adalah 75 kali.¹⁵⁶

Sedangkan di kalangan mazhab Syafi'i ada tiga pendapat. Pendapat pertama sama dengan pendapat Imam Abu Hanifah dan

¹⁵⁵ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyri'*, Jilid I, hlm. 594-595; Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum*, hlm. 221. Juga A. Jazuli, *Fikih Jinayah*, hlm. 188; Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 305-306.

¹⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 597-598.

Muhammad. Pendapat kedua sama dengan pendapat Abu Yusuf. Sedangkan pendapat ketiga, hukuman jilid pada ta'zir boleh lebih dari 75 kali, tetapi tidak sampai seratus kali, dengan syarat bahwa jarimah ta'zir yang dilakukan hampir sejenis dengan jarimah hudud.

Dalam mazhab Hambali ada lima pendapat. Tiga di antaranya sama dengan pendapat mazhab Syafi'i di atas. Pendapat keempat mengatakan bahwa jilid yang diancam atas sesuatu perbuatan jarimah tidak boleh menyamai hukuman yang dijatuhkan terhadap jarimah lain yang sejenis, tetapi tidak boleh melebihi hukuman jarimah lain yang tidak sejenisnya. Pendapat ke lima mengatakan bahwa hukuman ta'zir tidak boleh lebih dari 10 kali. Alasannya ialah hadis Nabi dari Abu Darda sebagai berikut: "Seorang tidak boleh dijilid lebih dari sepuluh kali, kecuali dalam salah satu hukuman hudud".¹⁵⁷

Pukulan atau cambukan tidak boleh diarahkan ke muka, kemaluan, dan kepala, melainkan diarahkan ke bagian punggung. Imam Abu Yusuf menambahkan tidak boleh mencambuk bagian dada dan perut, karena pukulan ke bagian tersebut bisa membahayakan keselamatan orang yang terhukum.¹⁵⁸

c. Hukuman-Kawalan (Penjara Kurungan)

Ada dua macam hukuman kawalan dalam hukum Islam. Pembagian ini didasarkan pada lama waktu hukuman. *Pertama*, hukuman kawalan terbatas. Batas terendah dari hukuman ini adalah

¹⁵⁷ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyri'*, Jilid I, hlm. 599; Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum*, hlm. 225-226. Juga Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law* (New York: Cambridge University Press, 2005), hlm. 35.

¹⁵⁸ Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 349. Juga Rudolph Peters, *Crime and Punishment*, hlm. 34.

satu hari, sedang batas tertinggi, ulama berbeda pendapat. Ulama Syafi'iyah menetapkan batas tertingginya satu tahun, karena mereka mempersamakannya dengan pengasingan dalam jarimah zina. Sementara ulama-ulama lain menyerahkan semuanya pada penguasa berdasarkan maslahat. *Kedua*, hukuman kawalan tidak terbatas. Sudah disepakati bahwa hukuman kawalan ini tidak ditentukan masanya terlebih dahulu, melainkan berlangsung terus sampai terhukum mati atau taubat dan baik pribadinya. Orang yang dikenakan hukuman ini adalah penjahat yang berbahaya atau orang yang berulang-ulang melakukan jarimah-jarimah yang berbahaya.¹⁵⁹

Hukuman kawalan tidak terbatas. Sudah disepakati bahwa hukuman kawalan ini tidak ditentukan masanya terlebih dahulu, melainkan berlangsung terus sampai terhukum mati atau taubat dan baik pribadinya. Orang yang dikenakan hukuman ini adalah penjahat yang berbahaya atau orang yang berulang-ulang melakukan jarimah-jarimah yang berbahaya.

d. Hukuman Salib

Berbeda dalam jarimah hudud, hukuman salib dalam jarimah ta'zir tidak dibarengi atau didahului dengan/oleh hukuman mati, melainkan si terhukum disalib hidup-hidup dan tidak dilarang makan minum, tidak dilarang mengerjakan wudhu, tetapi dalam menjalankan sholat cukup dengan isyarat. Dalam penyaliban ini, menurut fuqaha tidak lebih dari tiga hari.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyri'*, Jilid I, hlm. 600; Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum*, hlm. 221. Baca juga Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 370-373. Lihat juga Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal Law*, hlm. 170.

¹⁶⁰ Abd al-Qadir Audah, *At-Tasyri'*, Jilid I, hlm. 600; Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum*, hlm. 221. Baca juga Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 370-373. Lihat juga Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal Law*, hlm. 170.

e. Hukuman Ancaman (*Tahdīd*), Teguran (*Tanbīh*) dan Peringatan
Ancaman juga merupakan salah satu hukuman ta'zir, dengan syarat akan membawa hasil dan bukan hanya ancaman kosong. Misalnya dengan ancaman akan dijilid, dipenjara atau dihukum dengan hukuman yang lain jika pelaku mengulangi tindakannya lagi.

Sementara hukuman teguran pernah dilakukan oleh Rasulullah terhadap sahabat Abu Dzar yang memaki-maki orang lain dengan menghinakan ibunya. Maka Rasulullah saw. Berkata: "Wahai Abu Dzar, Engkau menghina dia dengan menjelek-jelekkan ibunya. Engkau adalah orang yang masih dihindangi sifat masa jahiliyah."

Hukuman peringatan juga diterapkan dalam syariat Islam dengan jalan memberi nasihat, jika hukuman ini cukup membawa hasil. Hukuman ini dicantumkan dalam Al-Qur'an sebagaimana hukuman terhadap istri yang dikhawatirkan berbuat *nusyuz*.¹⁶¹

f. Hukuman Pengucilan (*al-Hajru*)

Hukuman pengucilan merupakan salah satu jenis hukuman ta'zir yang disyariatkan oleh Islam. Dalam sejarah, Rasulullah pernah melakukan hukuman pengucilan terhadap tiga orang yang tidak ikut serta dalam perang Tabuk, yaitu Ka'ab bin Malik, Murarah bin Rubai'ah, dan Hilal bin Umaiyyah. Mereka dikucilkan selama lima puluh hari tanpa diajak bicara, sehingga turunkah firman Allah:

Dan terhadap tiga orang yang tinggal, sehingga apabila bumi terasa sempit oleh mereka meskipun dengan luasnya, dan sesak pula diri mereka, serta mereka mengira tidak ada tempat

¹⁶¹ *Ibid.*, hlm. 607.

berlindung dari Tuhan kecuali padaNya, kemudian Tuhan menerima taubat mereka agar mereka bertaubat.¹⁶²

Hukuman ta'zir pengucilan ini diberlakukan apabila membawa kemaslahatan sesuai dengan kondisi dan situasi masyarakat tertentu. Dalam sistem masyarakat yang terbuka hukuman ini sulit sekali untuk dilaksanakan, sebab masing-masing anggota masyarakat acuh tak acuh terhadap anggota masyarakat lainnya. Akan tetapi, kalau pengucilan itu dalam bentuk tidak diikutsertakan dalam kegiatan kemasyarakatan, mungkin bisa dilaksanakan dengan efektif.¹⁶³

g. Hukuman Denda (*taḥdīd*)

Hukuman denda ditetapkan juga oleh syariat Islam sebagai hukuman. Antara lain mengenai pencurian buah yang masih tergantung di pohonnya, hukumannya didenda dengan dua kali lipat harga buah tersebut, disamping hukuman lain yang sesuai dengan perbuatannya tersebut. Sabda Rasulullah saw.: "Dan barang siapa yang membawa sesuatu keluar, maka atasnya denda sebanyak dua kalinya beserta hukuman." Hukuman yang sama juga dikenakan terhadap orang yang menyembunyikan barang hilang.¹⁶⁴

h. Pemecatan

Pengertian pemecatan adalah melarang seseorang dari pekerjaannya dan memberhentikannya dari tugas atau jabatan yang dipegangnya sebagai akibat pemberhentian dari pekerjaan itu.¹⁶⁵

¹⁶² Q.S. At-Taubah (9): 118.

¹⁶³ Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 448. Lihat juga Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal Law*, hlm. 166.

¹⁶⁴ Abdul Qadir Audah, *At-Tasyri'*, I: 703. Lihat juga Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal*, hlm. 166.

¹⁶⁵ Abdul Aziz Amir, *At-Ta'zir*, hlm. 448.

Hukuman ta'zir berupa pemberhentian dari pekerjaan atau jabatan ini diterapkan terhadap setiap pegawai yang melakukan jarimah, baik yang berhubungan dengan pekerjaan atau jabatannya maupun dengan hal-hal lainnya. Sebagai contoh dapat dikemukakan antara lain seperti:

- 1) Pegawai yang menerima suap
- 2) Melakukan korupsi
- 3) Mengangkat pegawai yang tidak memenuhi persyaratan karena ikatan keluarga (nepotisme)
- 4) Melakukan kezaliman terhadap bawahan atau rakyat.
- 5) Prajurit yang melarikan diri dari pertempuran atau desersi
- 6) Mengambil harta dari terdakwa dengan maksud untuk membebaskannya
- 7) Hakim yang memutuskan perkara tidak berdasarkan hukum yang ditetapkan.¹⁶⁶

Hukuman pemecatan dapat diterapkan dalam segala macam kasus tindak pidana, baik sebagai hukuman pokok, hukuman tambahan, maupun hukuman pelengkap. Dalam hal pelaku dijatuhi pemecatan sebagai hukuman pokok, tidak ada hukuman lain yang dijatuhkan kepadanya, karena pemecatan itulah hukuman satu-satunya yang dijatuhkan kepadanya. Hal ini pernah dilakukan oleh Nabi yang memecat seorang petugas dari kekuasaannya/jabatannya. Demikian juga para sahabat, seperti Khalifah Umar pernah memecat seorang wakil (pegawainya) yang membaca puisi yang isinya memuji-muji kenikmatan minuman keras (khamr).

Apabila seorang pegawai melakukan jarimah hudud atau ta'zir tertentu seperti menerima suap, maka disamping dikenakan hukuman had sesuai dengan jenis jarimahnya atau hukuman ta'zir,

¹⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 449-450.

ia juga dikenakan hukuman tambahan secara otomatis berupa pemecatan dari jabatan atau pekerjaannya. Ini merupakan pendapat dari mazhab Hanafi, Syafi'i dan Muktazilah. Tetapi menurut zahirnya mazhab Hanafi, pemecatan tersebut tidak berlaku secara otomatis, melainkan perlu ada keputusan hakim tentang pemecatan terhukum, disamping keputusan hakim tentang hukuman hudud atau ta'zir untuk jarimah yang dilakukannya. Apabila hukuman pemecatan didasarkan atas putusan hakim maka hukuman tersebut bukan hukuman tambahan (*tabā'iyyah*), melainkan hukuman pelengkap (*takmilīyah*). Dan *uqūbah aṣliyyah* ini rasanya lebih tepat karena adanya putusan hakim yang menjadi dasar untuk melaksanakan pemecatan tersebut.¹⁶⁷

i. Pengumuman kesalahan secara terbuka (*at-tasyhīr*)

Dasar hukuman untuk hukuman berupa pengumuman kesalahan atau kejahatan pelaku secara terbuka adalah tindakan Khalifah Umar terhadap seorang saksi palsu yang sesudah dijatuhi hukuman jilid lalu ia diarak keliling kota, sambil diumumkan kepada masyarakat bahwa ia adalah seorang saksi palsu. Begitu juga Rasulullah telah menghukum seorang yang tidak jujur mendistribusikan zakat, karena mengambil zakat untuk dirinya juga.

Disamping itu, apabila diteliti lebih seksama dalam Q.S. an-Nūr (24): 2 tentang hukuman zina, disebutkan bahwa pelaksanaan hukuman jilid itu harus disaksikan oleh sekelompok orang-orang mukmin. Ini mengandung arti bahwa di dalamnya terdapat unsur *tasyhir* atau maklumat (pengumuman) tentang kesalahan pelaku.¹⁶⁸

¹⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 454.

¹⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 457. Lihat juga Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal*, hlm. 167. Juga Rudolph Peters, *Crime and Punishment*, hlm. 34.

BAB IV

PIDANA TAKZIR SEBAGAI BENTUK TRANSFORMASI HUKUM JINAYAT ISLAM

A. Kendala Penerapan Hukum Jinayat Islam

Ahli-ahli hukum pada umumnya, karena pengalaman-pengalaman mereka yang lama dan khusus dalam bidang pemikiran hukum kerap kali dihadapkan kepada suatu situasi, dimana norma-norma lama dan kepentingan-kepentingan baru yang muncul harus dipertemukan sedemikian rupa, sehingga mencapai satu tingkat disahkannya nilai-nilai baru yang berlaku dalam masyarakat menjadi norma hukum. Hukum Islam yang sudah berusia kurang lebih 14 abad, sejak beberapa abad terakhir ini menjadi tersisih kedudukannya sebagai hukum positif di beberapa negara, bukanlah satu hal yang mudah. Karena sebagaimana diakui oleh banyak ahli hukum Islam sendiri, bahwa seakan-akan tidak ada lagi satu bagianpun di dunia Islam sendiri dimana rakyatnya sepenuhnya hidup menurut ajaran-ajaran Islam / hukum Islam.¹

Demikian pula di Indonesia, walaupun sebagian besar rakyatnya beragama Islam. Harus diakui bahwa semua keganjilan itu terasa agak ironis. Namun apabila ada kemauan untuk mendalami persoalannya secara realistis, maka rasa keganjilan itu akan hilang,

¹ Hazairin "Hukum Islam dan Masyarakat". Cet. Ke-2, 1960.

bahkan akan menimbulkan pengertian yang wajar. Sebab, hukum itu erat sekali sangkut-pautnya dengan bentuk dan susunan masyarakat, sedangkan hukum Islam dimaksudkan berlaku untuk segenap manusia dan dengan demikian diharapkan mampu menjadi rahmat bagi segenap bentuk dan susunan masyarakat. Islam sebagai agama mayoritas penduduk Indonesia, didalamnya mengandung hukum yang mengatur hubungan manusia dengan manusia lainnya dalam kehidupan bermasyarakat. Karenanya, dalam pembangunan Hukum Nasional, Hukum Islam merupakan unsur yang betul-betul perlu diperhatikan. Untuk beberapa abad lamanya, ajaran Hukum Islam pernah dianggap sebagai sesuatu yang tidak ada hubungannya dengan masyarakat. Hukum Islam dan masyarakat dianggap sebagai dua dunia yang terpisah, yang satu dianggap sebagai "keakhiratan" dan yang lain dianggap sebagai "keduniaan". Padahal yang sebenarnya tidaklah demikian. Hukum Islam justru erat sekali hubungannya dengan masyarakat, dan ia berlaku bagi seluruh manusia dalam segala bentuk dan susunan masyarakatnya². Dalam sejarah perjalanan Indonesia, kehadiran hukum Islam dalam hukum nasional merupakan perjuangan eksistensi. Teori eksistensi tersebut merumuskan keadaan hukum nasional Indonesia, masa lalu, masa kini, dan masa mendatang, menegaskan bahwa hukum Islam itu ada dalam hukum nasional Indonesia baik tertulis maupun yang tidak tertulis, ia ada dalam lapangan kehidupan hukum dan praktik hukum. Secara empirik, tidaklah berlebihan jika dikatakan bahwa hukum Islam di Indonesia adalah "hukum yang hidup" (*the living law*). Kendatipun secara formal, aspek-aspek pengaturan tertentu, hukum Islam belum dijadikan sebagai *referensi* hukum dalam bernegara. Secara teoritik, ada perbedaan substansial antara "Hukum

² Anwar Harjono, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya* (Jakarta: Bulan Bintang, 1995), hlm. 11.

Islam" dan "Hukum Positif". Hukum Positif pelaksanaannya dikawal langsung oleh negara, sedangkan hukum Islam, terutama pidana Islam, justru dikawal sendiri oleh masyarakat Islam. Faktanya, masyarakat Indonesia justru sering kali mempertentangkan hukum positif berlawanan dengan argumen hukum yang hidup di tengah masyarakat.³

Zarkowi Soejoeti menyatakan bahwa jika mengacu kepada UU No. 1 Tahun 1974, maka agama dapat dijadikan solusi dalam pembangunan Hukum Nasional, oleh karenanya hukum Islam sebagai salah satu sistem ajaran Islam yang dianut oleh sebagian besar rakyat Indonesia berpeluang besar memberikan kontribusinya kepada pembangunan hukum nasional.

Disamping peluang sebagaimana telah dinyatakan diatas pada kenyataannya akhir-akhir ini hukum Islam di Indonesia memiliki beberapa kendala dan problem dalam penerapannya yang menyangkut integrasinya ke dalam hukum nasional, yaitu:

- a. Kemajemukan Bangsa; patut diingat bahwa negara Indonesia memiliki wilayah yang sangat luas, masing-masing memiliki kondisi sosial dan kultur yang berbeda, sehingga tidak mudah untuk mendekatkannya satu sama lain. Tetapi upaya pengintegrasian aspek-aspek sosial kultural masing-masing elemen bangsa ini kedalam sistem hukum nasional harus didahului dengan proses pemilahan pada bidang-bidang yang dilakukan direunifikasi secara relevan.
- b. Metode Pendidikan Hukum; selama ini, pelajaran ilmu hukum yang diajarkan kepada mahasiswa hampir di setiap universitas bersifat trikotomi antara hukum barat, hukum Islam, dan hukum adat. Karena masyarakat Indonesia relatif heterogen

³ Said Agil Husin al-Munawar, *Hukum Islam dan Pluralitas Sosial* (Jakarta: Penamadani, 2004), hlm. 45.

dan wilayahnya cukup luas, maka semakin mempersulit pencarian titik temu antara elemen hukum-hukum tersebut. Jadi pada dasarnya, yang sesungguhnya diperlukan sekarang adalah pemahaman integral dari pakar hukum dari ketiga sumber hukum di atas. Hal ini sudah pasti memerlukan perjuangan intelektual yang sangat berat.

c. Kurangnya pengkajian akademik dibidang hukum Islam; ketertinggalan dalam mengembangkan pusat-pusat pengkajian hukum Islam disebabkan oleh:

- 1) Secara historis pusat pengkajian yang tidak menghargai hukum Islam terlebih dahulu berkembang, sehingga terkesan tidak memberikan tempat bagi pengkajian Hukum Islam;
- 2) Pengkajian hukum Islam terletak diantara pengkajian ilmu agama dan ilmu hukum;
- 3) akibatnya aspek pengkajian tidak mendalam;
- 4) Perkembangan kualitas ketaatan umat Islam yang lemah, terutama pada keyakinan akidah dan moralnya yang sulit dikendalikan sehingga menimbulkan penurunan kualitas moral dalam pelaksanaan hukum;
- 5) Masih dianutnya kebijaksanaan hukum politik Belanda yang mempunyai kepentingan politik sendiri; seperti umat Islam tidak boleh tunduk kepada hukumnya sendiri, belum sepenuhnya kemandirian Peradilan Agama dalam sengketa perdata kecuali bidang hukum keluarga, banyaknya masalah yang dihadapi umat Islam, sementara belum ada fatwa hukum yang mampu merangkum dalam satu undang-undangan yang bisa diterima oleh semua elemen masyarakat Islam di Indonesia.

Itulah tantangan dan kendala yang dihadapi dalam penerapan hukum jinayat Islam dalam konteks Indonesia di era kekinian.

Ada beberapa bentuk penerapan hukum pidana Islam dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Bentuk pertama, menerapkan hukum pidana Islam secara tekstual sebagaimana adanya dalam ketentuan Al-Qur'an dan hadits, seperti Saudi Arabia. Di sini pertimbangan ilahiyah ditempatkan di atas pertimbangan nilai kemanusiaan yang independen. Hukuman-hukuman fisik yang keras, seperti potong tangan dan rajam tetap dapat dilaksanakan. Bentuk kedua adalah kompromi antara hukum pidana Islam dan hukum pidana Barat, seperti di Libya. Penerapan dalam bentuk ini berdasarkan pertimbangan heterogenitas penduduk suatu negara, sehingga tidak bisa menerapkan hukum pidana Islam secara keseluruhan. Bentuk ketiga, menganggap hukum pidana Islam tidak dapat diterapkan sama sekali untuk zaman modern ini, seperti yang terjadi di Turki. Hukum pidana yang berlaku di negara ini sebagian besar adalah adopsi dari hukum pidana Barat.⁴

Dengan mempertimbangkan keberagaman agama, sosial dan budaya di Indonesia, maka opsi kedua dari tiga bentuk di atas penulis anggap paling tepat untuk menerapkan hukum pidana Islam di Indonesia. Bahkan seharusnya, hukum adat pun dapat masuk mewarnai wacana integralisasi hukum pidana Islam di Indonesia. Walaupun mayoritas penduduk Indonesia adalah muslim, namun hal ini tidak dapat dijadikan alasan untuk memberlakukan hukum pidana Islam secara "murni" dalam skala nasional. Karena disamping pijakan ini menimbulkan friksi yang tajam, juga karena Indonesia bukanlah Negara Islam. Dalam konteks reformasi hukum Islam kontemporer, maka pendekatan ini dikatakan *talfiq* (*takhayyur*), memilih ajaran-ajaran fikih selain dari mazhab

⁴ J.N.D Anderson, *Islamic Law in Modern World* (Connecticut: Greenwood Press, 1975), hlm. 17-37.

mayoritas masyarakat, apabila pendapat tersebut lebih sesuai dengan perkembangan masyarakat daripada ajaran mazhab yang dianut mayoritas masyarakat tersebut.

Selanjutnya, integralisasi hukum pidana Islam dalam hukum pidana nasional berhadapan dengan sejumlah kendala berikut:

1. Kendala historis

Berbeda dengan pelaksanaan hukum Islam yang lain seperti hukum perkawinan (*munakahāt*), waris dan wakaf, penerapan hukum pidana Islam di Indonesia akan sulit diterapkan karena faktor historisitasnya. Hukum perkawinan dan hukum waris relatif lebih mudah diadopsi karena hukum tersebut “hidup” dalam masyarakat hingga mereka disahkan keberadaannya oleh negara. Sebaliknya, hukum pidana Islam hingga saat ini tidak hidup di tengah masyarakat muslim Indonesia. Dengan demikian, upaya membangun landasan hukum dari bawah ke atas (*bottom-up*), kalangan biasa, harus dimulai dari nol. Hukum pidana bagi bangsa Indonesia tidak sepopuler hukum Islam yang lain, karena belum diresepsi menjadi hukum adat, sehingga sulit untuk diterapkan. Apalagi dalam sejarahnya pemberlakuan hukum Islam di Indonesia mengalami pasang surut dengan segala teori yang mengitarinya. Di sini rezim kekuasaan sangat berperan, terlebih lagi pada zaman Belanda.

Belanda berhasil “mengobok-obok” penerapan hukum Islam di Indonesia, khususnya ketika diterapkan teori *receptie* oleh C. S. Hurgronye, untuk mengukuhkan politik *divide at impera*, pecah belah dengan mengacaukan lembaga keislaman seperti peradilan agama. Upaya pecah belah ini dimungkinkan untuk menjadikan orang Islam yang taat dan menghendaki hukum Islam diterapkan saling berhadapan dengan orang Islam yang tidak taat dan tidak menghendaki penerapan hukum Islam (termasuk pidananya).

2. Kendala Sosial-Budaya
Berbeda dengan kompilasi hukum Islam yang memang diperuntukkan bagi kalangan muslim, hukum pidana Indonesia yang sedang digodok ini ditujukan untuk skala nasional. Seperti telah disinggung di atas, rakyat Indonesia terdiri dari berbagai suku dan bangsa, terdiri dari berbagai agama dengan segala heterogenitas tingkat penghayatannya. Pluralitas ini, dalam kondisi tertentu memang bernilai positif, akan tetapi dalam kondisi yang lain dapat menjadi “bom waktu” yang dapat meledak kapan saja, pemaksaan penerapan hukum Islam yang kaku akan menimbulkan gelombang protes dan permusuhan yang berkepanjangan, serta melanggar jaminan negara bagi warga negara untuk menjalankan agamanya sesuai dengan keyakinannya masing-masing.

3. Kendala Institusional
Perubahan suatu hukum, biasanya dilakukan secara terencana dan melalui lembaga-lembaga khusus yang dibuat untuk itu. Orang-orang inilah yang akan dibangun. Bila orang-orang dalam lembaga tersebut didominasi oleh kelompok sekuler, maka hukum yang terbentuk pun akan lebih sekuler. Di samping itu tentunya, sejumlah lembaga terkait seperti Mahkamah Agung, Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden, turut pula memegang peranan dalam pembentukan hukum ini. Bila tidak ada upaya intensif dari lembaga-lembaga keislaman, tidak mustahil upaya integralisasi hukum pidana Islam dalam hukum pidana nasional tidak akan memperoleh hasil yang signifikan.

4. Kendala Internal

Hukum pidana Islam yang dibahas dalam kitab-kitab fikih klasik, diwarnai dengan perbedaan yang cukup tajam di antara beberapa mazhab. Hal ini belum ditambah lagi dengan perbedaan kerangka berfikir di antara pemikir muslim berkaitan dengan hukum yang ditetapkan dalam nas, Al-Qur'an dan hadis. Sebagai contoh, penerapan hukum rajam, potong tangan, cambuk, salib dan lain sebagainya oleh sebagian fuqaha dianggap sebagai sesuatu yang definitif dan tidak dapat dirubah, sedangkan menurut fuqaha yang lain harus diartikan kontekstual. Dengan kata lain, hukuman-hukuman tersebut dapat saja dirubah, asalkan tujuan penjatuhan hukumannya mengenai sasaran. Di samping itu juga hukum pidana Islam dianggap statis dan belum komprehensif, karena kurangnya pengkajian dan pengembangan terhadapnya.

Kendala politik, terlihat dari tidak cukupnya kekuatan politik untuk meng-gol-kan penegakan hukum Islam (termasuk pidana Islam) melalui proses-proses politik. Apabila *platform* politik berubah ke arah yang menguntungkan Islam dan umatnya, maka tidak mustahil seluruh hukum Islam dapat diterapkan termasuk konsep pembedaan dalam Islam. Keterlibatan umat Islam seluruhnya ke dalam partai politik disertai pemahaman yang mendalam dan komprehensif tentang konsep pembedaan dalam Islam, bukan tidak mungkin hal itu terwujud. Apabila jalan ini terbuka, maka aspek yuridis formal pun dapat dengan mudah diterima.

Sejumlah kendala di atas harus dipecahkan dengan bijak, sehingga tidak menimbulkan gesekan-gesekan yang keras dalam masyarakat. Kompromi antara hukum pidana Islam dan hukum

pidana positif, mungkin merupakan solusi terbaik. Embel-embel Islam tidaklah sesuatu yang mutlak, asalkan ruhannya sejalan dan tidak bertentangan dengan Islam.

B. Pintu Masuk Hukum Islam ke Dalam Hukum Nasional (Hukum Positif)

Uraian pada sub-bagian sebelumnya menunjukkan bahwa dalam sejarah hukum Indonesia secara sistematis telah meminggirkan hukum pidana Islam (hukum publik) untuk masyarakat (orang-orang) Islam. Dalam perkembangannya lebih lanjut, ternyata tetap saja hukum pidana Islam tidak bisa menjadi hukum positif. Hal itu tidak berarti telah menutup peluang hukum pidana Islam untuk menjadi hukum positif. Secara politik hukum dan teori pembentukan yang dikembangkan para ahli hukum telah menempatkan hukum Islam, termasuk di dalamnya hukum pidana Islam sebagai bahan atau sumber hukum pembentukan hukum nasional (hukum positif).

Bahan atau sumber hukum pembentukan hukum nasional atau hukum positif adalah hukum adat, hukum Barat, hukum Islam (agama), hukum internasional dan perjanjian internasional, di samping hukum-hukum yang ada dan praktek-praktek penegakan hukum.

Jika hukum Islam, dalam hal ini bukan hukum pidana Islam, juga menjadi sumber atau bahan pembentukan hukum positif, persoalannya adalah bagaimana memasukkan hukum pidana Islam (syariah) ke dalam hukum positif di bidang publik dan apa yang bisa dimasukkan dari hukum pidana Islam (syariah) ke dalam hukum positif, mengingat hukum pidana sebagai hukum publik dan diunifikasi, bukan sebagai pilihan hukum seperti hukum privat.

Oleh sebab itu, pintu masuk hukum pidana Islam ke dalam hukum positif dapat melalui berbagai kemungkinan, yaitu: 1) hukum

pidana Islam menjadi bahan atau sumber hukum penyusunan hukum pidana nasional; 2) Hukum pidana Islam disarikan dalam bentuk asas-asas hukum pidana dan kemudian asas-asas tersebut dijadikan sebagai asas-asas hukum materiil yang konstitutif (sebagai bahan atau sumber hukum pembentukan asas-asas hukum pidana nasional dan hukum pidana materiil dan formil nasional; 3) asas-asas hukum pidana Islam dijadikan perspektif dalam pembentukan hukum pidana nasional dan penegakan hukum pidana nasional; 4) melalui proses obyektifikasi.

Melalui cara-cara tersebut hukum pidana Islam dapat dimungkinkan menjadi hukum positif nasional. Suatu proses pembentukan hukum positif sesungguhnya bukan sekedar merumuskan pasal-pasal dalam bentuk peraturan perundang-undangan melainkan suatu proses pengambilan putusan hukum. Penegakan hukum pidana sesungguhnya bukanlah sekedar menerapkan hukum atau undang-undang pada kasus kongkret yang sedang diperiksa, tetapi merupakan proses pencapaian tujuan akhir dari maksud ditetapkannya hukum yang secara teoretik disebut nilai atau lebih konkretnya nilai keadilan.

Transformasi asas-asas hukum pidana Islam ke dalam proses pembentukan hukum positif nasional dilakukan oleh pembentuk hukum dan ke dalam suatu putusan hukum melalui mekanisme penegakan hukum pidana oleh penegakan hukum sesuai dengan bidangnya.

C. Gagasan Alternatif bagi Hukum Pidana Nasional

Abdul Gani Abdullah menegaskan bahwa aspek hukum pidana dalam Islam yang dianut dalam bagian terbesar masyarakat Indonesia menjadi sumber material pembentukan hukum pidana nasional dan merupakan kemutlakan. Segi-segi normatif mengenai

kepidanaan dalam Islam sudah harus menjadi sumber material hukum pidana nasional. Konstatasi itu ditunjang secara historis oleh pasal 11 aturan peralihan UUD 1945 dan pasal 29 ayat (2) UUD 1945. Untuk mewujudkan upaya legislasi nasional atas kepidanaan dalam Islam sebagai suatu kemutlakan perlu dilakukan langkah-langkah berikut:

Pertama, harus ada kemauan politik dalam mekanisme program legislasi nasional oleh para pelaku politik yang beragama Islam ditingkat birokrasi, pemerintah dan lembaga legislatif. *Kedua*, umat Islam harus memberi jaminan konseptual bahwa implementasi *had*, *qisās* dan rajam tidak melanggar hak kemanusiaan. *Ketiga*, hak kemanusiaan dalam hukum pidana Islam bukan wujud refleksi kekuatan Islam. Bagaimana memahami "memotong tangan pencuri", yang pokok adalah "terpotong" bukan "memotong". *Keempat*, perlu ada rumusan operasional mengenai masuknya jenis-jenis perbuatan pidana dalam Islam ke dalam KUHP nasional, demikian pula sanksi pidananya. *Kelima*, perlu jaminan dalam undang-undang adanya pasal deferensiasi yang menegaskan bahwa hukum pidana Islam hanya berlaku bagi umat Islam. *Keenam*, perlu menunjukkan kekurangan yang terdapat dalam hukum pidana nasional. *Ketujuh*, perlu jajak pendapat pada umat Islam tentang kesiapan lahir batin mereka menerapkan ketentuan pidana dan sanksi pidana Islam. *Kedelapan*, perguruan tinggi Islam perlu melakukan kajian akademik dan melakukan penelitian untuk mendukung jajak pendapat. *Kesembilan*, para kalangan akademisi dan intelektual muslim perlu melakukan eksplorasi langkah strategis dalam upaya transformasi hukum pidana Islam ke dalam sistem hukum nasional. Hal ini membutuhkan waktu minimal sepuluh tahun untuk penerapannya. *Kesepuluh*, perlu sosialisasi

posisi wajibnya pelaksanaan hukum pidana Islam yang justru masih pluralistik sehingga memudahkan sosialisasi substansi, tujuan dan lain-lain.⁵

Jaminan konseptual terhadap pelanggaran hak kemanusiaan dalam konsep sanksi pidana Islam cenderung memberi kelonggaran makna sanksi pidana berupa potong tangan, rajam dan cambuk. Pemaknaan yang tidak tegas itu memberi peluang untuk tidak diterapkannya secara harfiah sanksi pidana itu. Pada tataran konsep tindak pidana dalam draft RUU-KUHP itu dapat dikatakan sudah sejalan dengan hukum pidana Islam, walaupun sanksi pidana Islam belum sepenuhnya terakomodir khususnya pidana potong tangan dan atau kaki, rajam, cambuk, salib dan *qisas*. Untuk itu, perlu upaya terencana dan konsepsional dalam mewujudkan perjuangan itu. Dimulai dengan pencerdasan masyarakat muslim melalui pendidikan secara menyeluruh tentang hal ini. Kesempatan ini terbuka sebelum draft RUU-KUHP itu dibahas di DPR. Dengan mengutip Muladi (Menteri Kehakiman Tahun 1999-2001) dan Ismail Saleh (Menteri Kehakiman Tahun 1988-1993), Masykuri Abdillah mengemukakan adanya kecenderungan pemerintah untuk mengakomodir hukum pidana Islam dalam konteks pembinaan hukum nasional, minimal dalam bentuk ide atau teori sebagaimana dikemukakan Muladi tentang adanya keinginan dan usaha untuk melakukan kajian/penggalan hukum yang hidup yang bersumber dari nilai-nilai hukum agama dan hukum adat.

Apalagi hukum pidana peninggalan kolonial di beberapa negara sudah usang, tidak adil, ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan. Demikian juga pernyataan Ismail Saleh bahwa

⁵ Abdul Gani Abdullah, Eksistensi Hukum Pidana Islam dalam Reformasi Sistem Hukum Nasional dalam Muhamad Amin Summa et.al., *Pidana Islam*, hlm. 242-245.

mayoritas rakyat Indonesia beragama Islam sehingga wajar kalau hukum Islam menjadi salah satu bahan mentah dalam pembinaan hukum nasional.⁶

Oleh karena itu, Masykuri Abdillah menganjurkan untuk memasukkan materi hukum Islam, prinsip-prinsip dan moralitasnya sesuai dengan kondisi Indonesia ke dalam KUHP nasional. Selain itu, hukum pidana Islam dapat berperan untuk mendukung fungsionalisasi hukum pidana terutama sebagai *a tool of social engineer* (rekayasa sosial) dengan maksud mengubah sikap dan perilaku umat Islam yang kurang menghargai hukum dan nilai-nilai moral. Spirit rekayasa sosial dari sanksi pidana Islam tampak pada adanya sanksi pidana di dunia dan balasan di akhirat.⁷ Pernyataan Muladi itu tidak tegas jika dikaitkan dengan konsep pemidanaan dalam Islam. Namun demikian hal ini sebagai upaya secara bertahap dalam memasukkan konsep hukum pidana Islam di Indonesia.

Dalam pembentukan hukum nasional, termasuk dalam hukum pidana diperlukan berbagai sumber hukum. Karena itu perlu diperhatikan dan digali sumber-sumber hukum yang ada di Indonesia, bahkan dalam situasi tertentu digunakan pula bahan-bahan yang berasal dari mancanegara atau sumber yang berasal dari hukum internasional. Sumber-sumber yang berasal dari hukum yang ada di Indonesia adalah hukum barat yang berasal dari Eropa Kontinental, hukum adat yang beraneka ragam, hukum Islam dan hukum agama lain, serta hukum adat golongan timur asing.⁸

Pembinaan hukum nasional ini, termasuk dalam hukum pidana, telah dilaksanakan dalam waktu yang lama. GBHN sejak tahun

⁶ Lihat Muladi dan Ismail Saleh dalam Masykuri Abdillah, *Mimbar*, hlm. 48.

⁷ Lihat kembali Masykuri Abdillah, *Mimbar*, hlm. 48.

⁸ A. Jazuli, "Beberapa Aspek Pengembangan Hukum Islam di Indonesia" dalam Tjun Surjaman (ed.), *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek* (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hlm. 234-235.

1973 sampai tahun 1999 telah menggariskan upaya pembangunan dan pembentukan hukum nasional, walaupun pada prakteknya penuh dengan pengaruh politik penguasa. Dalam GBHN 1999, yang merupakan produk reformasi, juga menegaskan arah kebijakan hukum nasional ini, yang antara lain menyatakan:

Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi" (BAB IV.A.2).

Dari ungkapan tersebut dapat dipahami bahwa pembangunan hukum nasional secara garis besar bersumber pada: 1) hukum adat, 2) hukum agama, 3) hukum mancanegara, khususnya dari hukum barat.

Hukum Islam sebagai hukum agama yang paling dominan di Indonesia, dengan demikian memiliki kedudukan yang strategis sebagai bahan bagi pembentukan hukum nasional.

Berangkat dari landasan hukum Islam seperti tersebut di atas, sejumlah hal berikut mungkin perlu dipertimbangkan untuk dimasukkan dalam Hukum Pidana Nasional Kontemporer.

Dalam kasus zina misalnya, KUHP tidak menganggap kasus zina *gairu muhsan* (persetubuhan ilegal antara dua orang yang belum menikah, atas dasar suka sama suka) sebagai suatu tindak pidana. "Zina" dalam KUHP hanya mencakup persetubuhan ilegal antara dua orang, atau salah satunya, yang sudah menikah. Tampaknya, KUHP tidak melihat adanya unsur kejahatan pada

kasus zina *gairu muhsan*, karena tidak ada pihak yang merasa dirugikan. Secara sekilas mungkin benar, akan tetapi jika dikaji lebih dalam, perbuatan tersebut bukan saja akan merugikan keluarga dan masyarakat namun juga bertentangan dengan akhlak yang mulia, bertentangan dengan agama, dan bahkan bertentangan dengan budaya nasional yang ke-timuran.

Kasus lain adalah meminum minuman keras, KUHP memandang perbuatan tersebut bukan suatu delik, selama tidak membahayakan orang lain. Sedangkan hukum pidana Islam menganggapnya sebagai jarimah, walaupun pelakunya tidak membahayakan orang lain. Hal ini disebabkan hukum Islam berpijak pada akhlak mulia dan kemaslahatan masyarakat, termasuk individu itu sendiri.

Tentu banyak lagi jarimah-jarimah yang bisa dijadikan delik dalam hukum pidana positif yang tidak mungkin diuraikan satu-persatu dalam tulisan ini. Namun demikian jarimah-jarimah tersebut haruslah dipahami secara kontekstual, dinamis dan elastis, sehingga benar-benar layak dijadikan bagian dari hukum pidana nasional. Sebagai contoh adalah jarimah *riddah* yang konsepnya belum jelas dan penjatuhan sanksinya diwarnai suasana perang pada masa Nabi. Begitu pula halnya dengan bentuk-bentuk hukuman fisik, seperti rajam, potong tangan dan cambuk, sedapat mungkin dihindari dan diberikan kriteria yang ekstra ketat dan memenuhi tujuan penjatuhan hukuman tersebut yaitu represif dan preventif.

C. Tawaran Obyektifikasi Hukum Pidana Islam

Ada tiga konsep yang ditawarkan dalam rangka menuju obyektivasi hukum Islam ke dalam hukum nasional.⁹

⁹ Jamaluddin Ancok, "Efektivitas Hukum Pidana Islam dalam Menurunkan Kriminal", *makalah* tidak diterbitkan, hlm. 9.

1. Obyektifikasi dari Bentuk Abstrak ke Konkret

Kajian ini mencoba menawarkan guna menyikapi paradigma negatif di atas dengan mendeskripsikan hukum pidana Islam secara komprehensif, yakni kajian yang tidak terbatas pada dataran normatif melainkan lebih ke arah kajian kontekstual. Kajian ini lebih menitikberatkan pada asas-asas hukum pidana Islam dan relevansinya untuk setiap ruang dan waktu serta aspek perlindungan hak-hak asasi manusia. Persoalan yang tidak kalah pentingnya dalam kajian ini adalah bagaimana mengobyektivasi hukum pidana Islam guna membentuk *non criminal society* (masyarakat anti kriminal). Di Sudan tahun 1983-1985 diterapkan hukum pidana Islam dan ini bukti riil cara penanggulangan tindakan kriminal. Sebagai bahan pertimbangan dan dapat dijadikan bukti empirik adalah laporan yang ditulis oleh Charles Mitchell (1985) tentang "Pengaruh Hukum Syariah Islam di Negara Sudan terhadap Penurunan Angka Kriminalitas". Dalam hasil penelitian dilaporkan: sejak September 1983-84 angka kriminal di Sudan turun sangat tajam. Kasus pembunuhan turun 71 persen. Pencurian turun 55 persen. Selama periode tersebut ada 9 orang dihukum gantung di depan publik, 70 orang dihukum potong tangan karena kasus pencurian dan beratus-ratus orang dicambuk karena minum minuman keras. Sejak diberlakukan hukum Islam, Chourtum ibu kota Sudan dengan penduduk 1,5 juta jiwa menjadi penduduk teraman di dunia.¹⁰

Islam harus merespons hal ini dengan baik, dan Islam harus memberikan solusi terbaik bagi masalah-masalah konkret. Tidak boleh terjadi bahwa kepekaan Islam terjamah hanya pada persoalan

¹⁰ Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muwāqī' in ar-Rabb al-'Alamīn Jilid/Juz II* (Beirut: Dar al-Fikr, 1977), hlm. 33.

atau isu-isu abstrak semata, sehingga akan timbul asumsi bahwa agama Islam tidak sanggup menyelesaikan persoalan-persoalan riil yang dihadapi masyarakat. Padahal keberpihakan Islam terhadap isu-isu konkret merupakan sebuah keharusan karena Islam itu adalah agama amal. Jika dilihat lebih jelas sebenarnya Islam menyukai hal-hal yang bersifat abstrak juga yang konkret.

2. Obyektifikasi dari Ideologi ke Ilmu

Ideologi bersifat subyektif, normatif dan tertutup. Ilmu bersifat obyektif, faktual dan terbuka. Ayat-ayat dan hadis yang berkaitan dengan hukum pidana Islam harus disikapi sebagai sebuah ilmu, bukan ideologi. Artinya ketentuan hukum tersebut obyektif, aktual dan terbuka untuk dikaji kebenarannya.

Umat Islam harus merubah pandangan ideologis menjadi pandangan ilmu. Fakta harus dilihat sebagai fakta yang otonom. Pandangan normatif yang tertutup tidak dapat dipaksakan terhadap realitas. Umat harus lebih terbuka sehingga sebanyak mungkin orang bisa masuk dan Islam dapat lebih tampak sebagai *rahmat lil 'ālamīn*. Nampak kajian ini lebih menitikberatkan pada persoalan-persoalan empirik ketimbang normatif. Hukum Islam agama amal bukan agama teori, sehingga kajian terhadap hukum-hukum Allah pun harus dapat menyentuh realita sosial yang berkembang. Umar ibn al-Khatthab sebagai sosok mujtahid yang handal harus berhadapan dengan protes para sahabat yang lain ketika melakukan interpretasi terhadap nas,¹¹ di kala beliau tidak menghukum potong tangan pencuri pada saat musim paceklik. Contoh di atas merupakan bukti empirik bahwa pemahaman hukum Islam secara

¹¹ Kuntowijoyo, *Paradigma Islam Interpretasi untuk Aksi* (Bandung: Mizan, 1991), hlm. 248.

ideologi harus dibawa ke arah ilmu. Ideologi hanya membawa ke sebuah pemahaman yang kaku (*letterlijk*). Berbeda ketika kita memahami nas sebagai sebuah ilmu. Ilmu adalah sesuatu yang obyektif dan dapat dikaji tentang kebenarannya, kebenarannya akan teruji pada dataran penerapan, bukan wacana. Pertimbangan nilai kemaslahatan sangat diutamakan dalam penerapan hukum Islam sebagaimana tertuang dalam nas. Sebagaimana diungkapkan dalam kaidah:

*"Hukum perkisar kepada kemaslahatan hamba, jika dalam suatu (Ijtihad) terdapat kemaslahatan itulah yang dinamakan hukum Allah"*¹²

Pertimbangan lain penerapan ilmu sebagai sebuah pemahaman terhadap nas adalah pra kondisi masyarakat sebelum hukum itu diterapkan. Hukum Islam diterapkan sangat tidak efektif jika masyarakatnya lemah dalam hal keimanan. Contohnya, hukum dera bagi pezina tidak akan efektif, jika wanita banyak mempertontonkan kecantikannya, film porno beredar di mana-mana, pintu perzinahan terbuka lebar. Hukum potong tangan bagi pencuri juga tidak efektif, jika hukum zakat tidak ditegakkan, pajak tidak adil dan ekonomi kerakyatan tidak merata.

3. Obyektifikasi dari Subyektif ke Obyektif

Perubahan dari cara berfikir subyektif ke obyektif bertujuan untuk menyuguhkan Islam pada cita-cita obyektif. Zakat misalnya, secara subyektif bertujuan untuk membersihkan harta dan jiwa, dengan demikian ketika mempunyai harta yang lebih asal

¹² As-Suyūṭi, *Al-Asybah wa an-Nazā'ir* (Beirut: Dar al-Fikr, t.th.), hlm. 176.

dikeluarkan zakatnya maka seorang muslim sudah suci badan dan hartanya. Pernyataan ini sangat subyektif karena pemahaman Al-Qur'an secara *letterlijk* yakni "ambillah hartamu untuk sedekah, karena dengan sedekah kau akan membersihkan dan mensucikan dirimu". Namun secara obyektif, tujuan zakat pada intinya adalah kesejahteraan sosial. Oleh karena tidak setiap zakat dikeluarkan tanpa melihat siapa yang berhak diberi, maka ketika berbicara tentang zakat dua ayat berikut ini harus diterapkan:

"Sesungguhnya zakat itu untuk orang-orang faqir, miskin, amil, mu'allaf, untuk memerdekakan hamba, orang yang terlilit hutang, untuk jalan Allah dan musafir. Itulah ketentuan hukum Allah."¹³

Begitu juga hukum potong tangan bukanlah hukum yang kejam dan berorientasi pada pembalasan. Dalam Al-Qur'an disebutkan:

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَلًا مِنَ اللَّهِ.¹⁴

Laki-laki dan perempuan yang mencuri hukumannya adalah potong tangan keduanya, sebagai balasan atas perbuatan yang mereka lakukan dan siksaan dari Allah.

Pidana potong tangan ini tidak serta merta dapat diterapkan. Beberapa syarat dan prosedur hukum harus dilewati, baik syarat

¹³ Q.S. at-Taubah [9]: 60.

¹⁴ Q.S. al-Mā'idah (5): 38.

subyek, obyek dan syarat materi curian, untuk membuktikan terjadinya tindak pidana pencurian yang berakibat jatuhnya pidana potong tangan. Syarat-syarat itu antara lain harta tidak terjaga atau tidak di tempat penyimpanan, harta curian tidak mencukupi nisab yang disepakati, mencuri barang yang tidak bernilai ekonomi, mencuri barang haram yang seharusnya dimusnahkan, mencuri buah di pohon sekedar untuk dimakan, mencuri di Baitul Mal, orang tua mencuri harta anak atau sebaliknya, mencuri dalam keadaan krisis pangan, mencuri kain kafan, mencuri perisai/tameng, melakukan percobaan mencuri. Bahkan dalam hal tindak pidana itu terbukti dan memenuhi syarat, menurut Atha' dan pengikutnya, eksekusi pidana potong tangan dapat dibatalkan (gugur) bila pelaku mengembalikan barang curian dan mengajukan grasi (pengampunan) dalam bentuk tobat dengan dasar lanjutan ayat tersebut (Q.S. al-Mā'idah (5): 39).¹⁵

Meskipun demikian, bagi sebagian orang, justru dengan mempertahankan bunyi teks ayat tersebut dipandang sebagai cara untuk menyelesaikan kasus sosial kemasyarakatan. Dalam hal ini adalah mencegah terjadinya tindak pidana kejahatan yang merupakan wujud *maqāṣid as-syarī'ah* itu sendiri. Dalam "*at-Tasyrī' al-Jinā'i*", Abdul Qadīr Audah misalnya, melihat pentingnya penerapan ayat tersebut secara tekstual, bukan saja karena ayat tersebut (secara *lafzi*) memang harus dilakukan, tetapi juga adanya kebutuhan, dimana ketentuan ayat tersebut dimaksudkan untuk menjaga ketenteraman masyarakat dari bencana kejahatan yang merupakan wujud dari *maqāṣid asy-syarī'ah* itu sendiri. Audah berkata sebagai berikut:

¹⁵ Lihat Imam Abi Abdullah Muhammad bin Ahmad al-Anshari al-Qurtubi, *al-Jamī' li Ahkām al-Qur'ān* (Kairo: Dar al-Kutub al-'Arabi, 1967), hlm. 174.

الاساس الذي قامت عليه عقوبة السرقة في الشريعة الإسلامية وإنه لعمرى خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن وإنه السر في نجاح عقوبة السرقة في الشريعة الإسلامية قديما وهو السر الذي جعلها تنجح نجاحا باهرا في الحجاز في عصرنا.¹⁶

Dasar yang menjadi pijakan diterapkan hukuman terhadap pelaku kejahatan pencurian dalam hukum Islam (sesuai dengan bunyi literal ayat. pen), dan menurut saya, ini merupakan dasar yang terbaik pemberian sanksi bagi pelaku kejahatan pencurian dari sejak dulu sampai sekarang di dunia Islam. Dan itulah rahasia kesuksesan sanksi (pidana Islam) bagi pelaku kejahatan pencurian dalam hukum Islam sejak dulu, sebuah rahasia (makna) yang dapat dilihat adalah di Hijaz (baca. Arab Saudi) pada era sekarang ini.

Akan tetapi sebagai pencegahan dan pendidikan serta terciptanya masyarakat yang aman. Syahrur dalam hal menggunakan teori *al-ḥad al-a'lā*. Artinya hukum potong tangan bagi pencuri adalah hukuman yang tertinggi, sehingga seorang hakim boleh berijtihad menerapkan hukum yang lebih rendah dari ketentuan Al-Qur'an. Dengan demikian dimungkinkan adanya hukum penjara, dimana konsep pemenjaraan tidak bertentangan dengan hukum Islam.¹⁷

¹⁶ Abd al-Qadīr Audah, *at-Tasyrī' al-Jinā'i al-Islāmī Muqāraran bi al-Qānūn al-Waḍ'ī*, Juz 1 (Beirut: Muasasah al-Risalah, 1992), hlm. 652-653.

¹⁷ Muhammad Sahrur, *Al-Kitāb wa al-Qur'ān Qirāah al-Mu'aṣirah* (Mesir: Dar al-Kutb, 1998), hlm. 455-456.

Dalam kasus pembunuhan pun hukum Islam mengenal asas pemaafan sebagaimana yang diperkenankan Q.S. al-Baqarah [2]: 178. Namun asas pemaafan ini tidak dilakukan begitu saja tanpa diimbangi dengan pembinaan keselarasan sosial, terutama pihak-pihak yang bersangkutan dengan peristiwa pembunuhan, khususnya pihak keluarga yang terbunuh, dan pembunuh sehingga tidak terjadi dendam kesumat serta terjaminnya rasa keadilan dan ketenteraman masyarakat. Dalam hukum pidana Islam (fikih jinayah) tindak pidana yang jenis dan sanksinya dinyatakan secara tegas dalam Al-Qur'an maupun hadis biasanya disebut dengan *jarimah hudūd*, yakni *zina*, *qazf*, *sariqah*, *hirābah*, *baghyu*, *syurb al-khamr* dan *riddah*.

Secara umum dapat dikatakan bahwa berbeda dengan sistem pidana barat yang mendasarkan dan menjustifikasi teori hukumannya pada pandangan tentang utilitas sosial (*social utility*), maka teori hukuman dalam sistem hukum pidana Islam lebih didasarkan pada teks wahyu Tuhan yang dituliskan dalam Al-Qur'an dan Sunnah Nabi.

Dalam era modern, pandangan tentang kekerasan hukuman dalam hukum pidana Islam tersebut tampaknya lebih dipengaruhi oleh fenomena dominannya bentuk hukuman badan. Hampir semua bentuk hukuman untuk perbuatan pidana yang disebutkan dalam sumber teks Islam memang berkisar pada hukuman-hukuman yang bersifat fisik, seperti dipotong tangannya, dicambuk, dilempar dengan batu (*rajam*) dan lain-lainnya. Hal inilah yang tampaknya menjadi celah bagi sebagian orang yang tak menghendaki diterapkannya hukum pidana Islam dengan mengatakan bahwa hukum pidana Islam merupakan sebuah kekejaman.

Satu hal yang perlu dicatat adalah bahwa hukum pidana Islam merupakan sistem hukum yang paling kuat pengadopsiannya terhadap aspek penjeratan bisa dibandingkan dengan sistem pidana lain. Islam memandang sifat penjeratan merupakan hal paling utama dalam pemberian hukuman. Kekentalan sifat penjeratan dalam teori hukuman dalam Islam, inilah yang umumnya dipandang sebagai motivasi di balik ayat-ayat tentang pemberian hukuman.

Tentang Penulis

Dr. H. Faisal, SH., MH., lahir di Ombilin Sumbar, 25 Desember 1955. Riwayat pendidikannya: SD Tahun 1967, Thawalib Padang Panjang Tahun 1974, Fakultas Syari'ah IAIN Raden Intan Lampung Tahun 1983, Fakultas Hukum UNISAB Tahun 1996, dan Magister Hukum Universitas Lampung Tahun 2002. Saat ini menjabat Pembantu Rektor I IAIN Raden Intan Lampung.

Prestasi dan Penghargaan yang pernah diraihinya yakni Mahasiswa Teladan Fakultas Syari'ah IAIN Raden Intan Lampung Tahun 1977 dan Mahasiswa Teladan Tingkat IAIN Raden Intan Lampung Tahun 1998. Dalam organisasi ia pernah menjadi Ketua IMM Kodya Bandar Lampung Tahun 1979, Sekum IMM Propinsi Lampung Tahun 1980, Sekum Dewan Mahasiswa Tahun 1977, dan Biro Advokasi/Bantuan Hukum Muhamadiyah Wilayah Lampung Tahun 2006 - sekarang.

Karya Ilmiah yang sudah dipublikasikan adalah berupa buku dan artikel. Dalam bentuk buku di antaranya *Pemberian Kuasa Menurut Hukum Islam dan Hukum Perdata, Islam dan Kebijakan Pemerintah Tentang Pelestarian Lingkungan*, dan *Bantuan Hukum dan Kepengacaraan Tahun 2009*. Sedang dalam bentuk artikel yaitu *Peluang dan Tantangan Pelaksanaan Hukum Islam di Nangro Aceh Darusalam*, dan *Bentuk-bentuk Tindak Pidana Perbankan*,

Hukum Pidana Islam menjadi fokus kajian dalam buku ini merupakan salah satu bagian dari syariat Islam yang materinya kurang begitu dikenal oleh masyarakat muslim. Di kalangan cendekiawan muslim masih ada yang beranggapan bahwa hukum-hukum pidana yang tercantum dalam Al-Qur'an dan pernah dilaksanakan pada zaman Rasulullah itu sudah tidak relevan lagi untuk diterapkan pada zaman modern ini. Banyak kalangan menyatakan hukum pidana Islam adalah hukum yang kejam, biadab, tidak manusiawi, melanggar hak asasi manusia dan sebagainya. Padahal, jika diteliti lebih mendalam, tidak ada satu pun hukum pidana di dunia ini yang tidak merampas hak asasi manusia.

Laju transformasi hukum Islam di berbagai bidang telah semakin meniscayakan diperlukannya produk regulasi legal formal. Ini merepresentasikan bahwa hukum Islam memasuki era yang lebih kompleks, sekaligus menjadi indikator betapa tuntutan kepastian hukum bagi penguatan karakteristik *nation building* Indonesia sebagai negara hukum ber-Ketuhanan Yang Maha Esa telah semakin menguat. Untuk itu, maka spesifikasi kajian tentang pembedaan berbasis hukum pidana Islam menjadi sistem pembedaan alternatif kontemporer, niscaya patut dilakukan secara sistemik dan holistik. Sebab, signifikansi utamanya adalah untuk semakin memungkinkan peran kontributif dan signifikansi Islam menjadi pilar moralitas pembangunan menuju tercapainya tata kehidupan kebangsaan yang lebih bermartabat secara fisik-material dan mental-spiritual.

Buku ini diharapkan menjadi salah satu wacana hukum pidana Islam dalam persentuhannya dengan hukum pidana nasional di Indonesia.

MAGHZA

